



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD

ÍSIS DE JESUS GARCIA

**UMA TORRE DE BABEL CHAMADA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
REFLEXÕES A RESPEITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

FLORIANÓLIS

2008



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD

ÍSIS DE JESUS GARCIA

**UMA TORRE DE BABEL CHAMADA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
REFLEXÕES A RESPEITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

FLORIANÓLIS

2008

ÍSIS DE JESUS GARCIA

**UMA TORRE DE BABEL CHAMADA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REFLEXÕES A
RESPEITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Professora Orientadora:
Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi.

Florianópolis
Mai 2008

ÍISIS DE JESUS GARCIA

**UMA TORRE DE BABEL CHAMADA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REFLEXÕES A
RESPEITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

COMISSÃO EXAMINADORA

Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi (UFSC)
Orientadora

Dra. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (USP)
Membro da Banca Examinadora

Dr. Selvino José Assmann (UFSC)
Membro da Banca Avaliadora

Dr. Reinaldo Pereira e Silva (UFSC)
Suplente

Dr. Antônio Carlos Wolkmer (UFSC)
Coordenador do Curso

Florianópolis, 24 de junho de 2008.

***Dedico este trabalho a meu
companheiro de todas as horas Carlos
Eduardo, pelo amor, carinho, pelas
horas roubadas, por tudo.***

AGRADECIMENTOS

Talvez o mais dolorido e feliz momento deste trabalho: os agradecimentos. Feliz, pois isto significa que chegou o momento de escrever as últimas linhas, nesta pesquisa que preencheu minha vida durante os últimos anos de forma inexplicável. Depois de um ano de total imersão, finais de semana, madrugadas, feriados, vou deixar de escrever a dissertação. Dolorido, pois é hora de deixar o cômodo – talvez nem tanto – isolamento.

Dolorido também, pois agora este trabalho é lançado ao mundo, às críticas e olhares acadêmicos, que de alguma forma, como em um rito de passagem, avaliarão se eu estou apta a passar para o lado de lá.

Este trabalho não teria sido possível sem o auxílio e a compreensão de muitas pessoas.

Agradeço aos meus “pais-heróis” Mário e Neca e aos meus queridos irmãos Jana e Jorge, que mesmo a 500 km de distância estiveram sempre presentes, acompanhando minha trajetória. Pai e Mãe obrigada pela confiança e o apoio de outros tempos, que souberam me fortalecer quando foi preciso.

À amiga Júlia, pelas oportunidades em que dividimos nossas angústias e expectativas, e o consolo desses encontros, além de muitas vezes ter sido o único refúgio para conversas teóricas. Jú espero que estes sejam apenas os primeiros de longos anos, em que compartilharemos experiências e idéias. Também agradeço ao Leandro amigo lá do Sul, com quem cantamos “Amigo punk”.

À Fátima e ao João pelo apoio e incentivo, além de terem me concedido moradia durante estes anos.

Ao pessoal da “Sotália” na figura do “Capitão Everson” que, mesmo sem saber, me auxiliaram a segurar o estresse.

À Verônica da “Livros e Livros” por sempre ter aceitado meus infinitos cheques pré, possibilitando a compra dos livros desta dissertação.

Aos colegas do núcleo de filosofia do direito, por terem compartilhado comigo esta caminhada e pelas discussões que serviram de base para este trabalho.

À Professora Inês Lucena, pela pronta disposição em solucionar minhas dúvidas metodológicas, pela atenção e preocupação sempre demonstradas.

Aos Professores Raul Henrique Rojo, Cláudio Maraschin e Klaus Cohen Koplin, pelo estímulo intelectual que me concederam e o muito que me ensinaram desde o início de meus tempos de graduação.

Às Professoras Alicia Norma González de Castells e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer por terem contribuído de maneira muito significativa para minha pesquisa empírica.

Um agradecimento especial à Orientadora, Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, pelas críticas, confiança, auxílio indispensável para a conclusão deste trabalho e pelo grande exemplo de dedicação acadêmica.

À CAPES pelo financiamento do meu curso de mestrado, que possibilitou dedicação exclusiva ao exercício desta pesquisa.

Por fim, ao meu companheiro, Carlos Eduardo, o mais importante agradecimento. Muito mais do que o incentivo para ter feito a prova de seleção do mestrado na UFSC e o apoio necessário para a realização deste trabalho, sua participação referiu-se ao compartilhamento de cada idéia, descoberta e reflexão realizada neste trabalho. É por tudo isso e muito mais que este trabalho é dedicado a ele. É, Carlos, acho que se acabaram as horas em que ficavas me ouvindo a ler este trabalho... Outros virão.

“O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino”, foi a resposta do camponês. “mas então não morreu ninguém?”, tomaram os vizinhos, e o camponês respondeu: “ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela justiça porque a Justiça está morta.”
José Saramago

GARCIA, Ísis de Jesus. **Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal.** Reflexões a respeito do direito brasileiro contemporâneo. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito. 2008.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar o direito contemporâneo brasileiro, mediante reflexão das decisões do Supremo Tribunal Federal. Pretende-se, portanto, compreender e problematizar a perspectiva dos Ministros a respeito da sua prática decisória. Para tanto, é realizada uma pesquisa qualitativa a partir dos acórdãos do STF, entre os anos de 1990 a 2007. A partir dos documentos analisados é possível apreender as principais características do direito contemporâneo, bem como descrever o paradigma atual. A análise e descrição dos dados demonstraram o surgimento de um direito “hipermoderno”, ou seja, um direito líquido, flexível e efêmero. Nesse sentido, as principais características encontradas nos acórdãos são: a dificuldade em catalogá-los de forma restrita em algum paradigma do direito, a superficialidade em que os conceitos são abordados pelos Ministros e a percepção de que para o Tribunal ele é o “Guarda da Constituição”, demonstrando assim a flexibilização de forma velada na Constituição Federal.

Palavras-chave: direito contemporâneo; Supremo Tribunal Federal; direito “hipermoderno”; flexibilização do direito.

GARCIA, Ísis de Jesus. **A Babel Tower called Federal Constitution.** Reflections regarding contemporary brazilian right. Florianópolis: Juridical Sciences Center, Law Grade School. 2008.

ABSTRACT

This work aims to analyze brazilian contemporary right by thinking about decisions from the Federal Supreme Court. It is intended, therefore, to understand and problematize Ministers' perspectives regarding their decision making practices. Thus, a qualitative research is accomplished starting from the FST sentences between 1990 and 2007. Beginning with the analyzed documents, it is possible to apprehend the main characteristics of contemporary right as well as the current paradigm description. Data analysis and description have demonstrated the appearance of a "hypermodern" right, in other words, a liquid, flexible and ephemeral right. In that sense, the main characteristics found in the sentences are: the difficulty in classifying them in a restricted way in some paradigm of the right, superficial manner that concepts are approached by the Ministers and the perception that for the Tribunal they are "Constitution Guards", demonstrating flexibilization in a veiled way in the Federal Constitution.

Key words: contemporary right; Federal Supreme Court; "hypermodern" right; right flexibilization.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
CAPÍTULO I – PARADIGMAS DE DIREITO – PRIMEIRO A NORMA DEPOIS A DECISÃO	14
1.1. Positivismo Jurídico	14
1.2. Neoconstitucionalismo	21
1.3. Direito Reflexivo.....	28
CAPÍTULO II – UM VÉU PÚBLICO OCULTA A DECISÃO.....	41
2.1. Percurso desta Pesquisa	41
2.1.1. Mudanças Ocorridas durante a geração de dados	44
2.1.2. A Coleta dos Acórdãos.....	45
2.2. Um Véu Público Oculta a decisão	49
2.3. Análise Qualitativa das Decisões de Controle de Constitucionalidade Concentrado	51
2.3.1. Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade n.º 2010	51
2.3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2047	57
2.3.3. e 2.3.4 Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 2626 apensada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2628.....	58
2.3.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2797	64
2.3.6. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3045	70
2.3.7. Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1289	73
2.3.8. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 4	76
CAPÍTULO III – UM DIREITO HIPERMODERNO	80
3.1. Pós-Modernidade e/ou Hipermmodernidade	80
3.2. Características dos Julgados	82
3.2.1. Qual Paradigma?	83
3.2.2. "O STF é o Intérprete Maior"	91
3.3. O Fenômeno da Jurisdicionalização	102
3.4. A Responsabilidade dos Juízes	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117
REFERENCIAS DOCUMENTAIS	124

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme o Antigo Testamento¹, a Torre de Babel foi construída na Babilônia pelos descendentes de Noé, com a pretensão de eternizarem seus nomes. A intenção era de fazê-la tão alta que alcançasse o céu. Esta soberba provocou a ira de Deus que, para castigá-los confundiu-lhes os nomes, espalhando-os por toda a Terra.

Hoje, entende-se esta história como uma tentativa dos povos antigos de explicarem a diversidade de idiomas. Guardadas as devidas diferenças, a Constituição Federal também pode ser considerada uma Torre de Babel, já que há a pretensão de que os acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) alcancem o céu, no sentido de que suas decisões sejam indiscutíveis.

Além disso, a pluralidade interpretativa, juntamente com a flexibilização dos enunciados normativos, demonstra que o Supremo decide de forma superficial, como se falasse um idioma a parte dos demais órgãos do Estado. O fragmento do julgado abaixo demonstra a pretensão dos Ministros do STF, de que seus “braços alcancem o céu”.

Há de ficar bem marcado, de todo modo, o que afirmou LOEWENSTEIN: o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, **o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.**²

Refletir sobre o jogo no qual joga o STF, no sentido de problematizar a compreensão dos Ministros a respeito da sua prática decisória, apreender destes

¹ Gênesis 11,1-9. In: **BÍBLIA SAGRADA**. Trad. João Ferreira de Almeida. 2ª ed., Barueri - SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993, p. 9.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. Distrito Federal. Ministro Relator Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/09/2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10 dez 2006, fls. 54-55, grifei.

julgados as principais características do direito contemporâneo, bem como descrever que paradigma de direito há nos dias atuais é a pretensão deste trabalho. Em outras palavras, o objetivo principal desta pesquisa é definir e problematizar a ordem jurídica estatal, através de uma reflexão acerca da atuação do STF.

Salienta-se que a relativização generalizada que tem acarretado incertezas, falta de referências e valores comuns, tem se refletido em várias áreas do saber. No domínio do direito, este fenômeno pode ser traduzido pela forte pluralidade interpretativa dos juízes, que enfoca situações similares a partir de posições doutrinárias opostas.

Nesse sentido, verifica-se a encruzilhada na qual se encontram os magistrados, ou seja, diante de inúmeras formas de decidir, os juízes transitam entre as diferentes correntes doutrinárias. Aqui, o direito apresenta-se em estado fluído, líquido e ambivalente, o que lhe permite se colocar nas situações mais diversas e a ocupar lentamente todo o espaço disponível.

Assim, pretende-se compreender de que forma nos julgados do STF é possível verificar este direito “hipermoderno”, que sem abolir com o positivismo jurídico, se torna cada vez mais flexível.

Muito embora o STF decida a respeito das questões mais importantes para o país, entre outras, as pesquisas com células-tronco embrionárias, a reforma partidária, a interrupção do parto de feto anencéfalo, percebe-se que ao decidir paira um certo ar de indiscutibilidade. Portanto, justifica-se a necessidade de que sua função seja objeto de maior atenção e fiscalização social. Estas reflexões auxiliam a compreender o porquê de exigir maior fiscalização do tribunal nas suas decisões.

Nesta pesquisa, realizou-se uma análise qualitativa dos acórdãos do STF, que de alguma maneira discutia-se a sua prática decisória. Ou seja, privilegiaram-se os apontamentos nos quais o que estava em questão era a função do Supremo.

Dessa forma, foram catalogados 27 julgados publicados no *site* do STF, no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007. O universo temporal justifica-se por se tratar de período posterior à Constituição Federal de 1988 e também pela implementação do projeto neoliberal no país. O recorte temático foi realizado através da busca no site com as palavras “*interpretação prox1 constitucional*”.

Salienta-se que é extremamente difícil unir os fatos da vida social e as teias que a cultura engloba, com o objetivo de analisá-los. Ou seja, como tornar inteligíveis emaranhados de significados, com a intenção de compreendê-los, sendo que são informados por uma série de concepções – idéias morais, sociais, entre outras? Assim, se de um lado a tarefa parece extremamente árdua, já que não há um aparato teórico apto a conduzi-la, por outro, é imensamente instigante.

Adverte-se que não há a intenção de avaliar se a decisão do STF é correta, o que se busca é refletir acerca de como o tribunal tem interpretado a Constituição Federal. Portanto, tendo em vista que o objetivo central da presente pesquisa é a compreensão do direito brasileiro através do entendimento do STF a respeito da sua prática decisória, no presente trabalho são analisados julgados do tribunal, a fim de se responder as seguintes questões:

1) Qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?

2) Quais são as características principais destas decisões?

Salienta-se que outras perspectivas poderiam ter sido apresentadas das que serão descritas ao longo deste trabalho. Por isso, só se pode dar aqui uma pré-orientação e só se pode redigir uma forma de apresentação do problema.

Assim, a partir dos dados gerados pretende-se, nos capítulos a seguir, problematizar e compreender as perspectivas do STF, com o intuito de analisar o que é interpretar a Constituição Federal e quais são as características do direito brasileiro, através das decisões do Tribunal.

Inicialmente, no capítulo primeiro apresentam-se os pressupostos teóricos basilares deste trabalho. Salienta-se que não se trata de uma mera abordagem formal, visto que sem o esclarecimento prévio dos distintos paradigmas do direito, corre-se o risco de confundir conjecturas distintas e de diferenciar erroneamente correntes teóricas diversas, o que poderá trazer conseqüências negativas para a compreensão futura do presente trabalho.

Nesse sentido, a proposta de construir uma reflexão sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da sua atuação decisória, parte do cruzamento de diferentes abordagens e vertentes teóricas: o positivismo jurídico; o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo.

Na primeira subseção do capítulo segundo, aponta-se a metodologia de pesquisa utilizada e o porquê da escolha. O método de investigação vale primeiramente como descrição da realidade, visto que se busca um quadro de análise para compreender as complexidades do objeto desta pesquisa, isto é, o direito contemporâneo brasileiro.

Logo após, pretende-se responder a uma das perguntas desta dissertação, qual seja? “Qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?”. São descritos os julgados no qual ocorreu o controle concentrado do Tribunal, o que totalizou 8 documentos. Além de tentar responder a questão acima, o que se busca é um quadro de análise, visando uma melhor compreensão a respeito do entendimento do Tribunal sobre o seu ato decisório para futuros questionamentos.

A pesquisa se mostra eminentemente empírica, sendo descritiva em sua maior parte e crítica em alguns momentos. Contudo, ressalta-se o seu aspecto imprescindível, já que somente a partir das descrições dos dados analisados é possível realizar uma reflexão sobre o direito contemporâneo.

Por fim, no terceiro capítulo, na tentativa de uma maior compreensão da ordem jurídica estatal, a partir dos julgados do STF, é possível refletir acerca da atuação do Tribunal, numa tentativa de definir ou redefinir o paradigma de direito atual. Dessa forma, através da descrição das principais características extraídas dos documentos analisados, procura-se problematizar o surgimento de um direito “hipermoderno”, ou seja, um direito líquido, flexível e efêmero.

1. PARADIGMAS DE DIREITO – Primeiro a norma depois a decisão

1.1. Positivismo Jurídico

Pode-se dizer que uma das características mais importantes do direito entre os séculos XVI e XVIII é a sua crescente transformação em enunciados normativos escritos. Como consequência desta proliferação de normas escritas, oriundas do poder constituído, a experiência jurídica sofre profundas transformações que passam a ser melhor percebidas no século XIX.

Aumento da segurança jurídica de um lado e possibilidade de conflito entre os enunciados normativos de outro. Dessa forma, cresce a percepção da necessidade de interpretar as leis.

As mudanças ocorridas produzem duas novas categorias, uma política, ou seja, a noção de soberania nacional e a separação dos três poderes; e outra, de índole técnica-jurídica, isto é, a lei passa a apresentar-se como a principal fonte jurídica, bem como a concepção do direito como sistema de normas postas.²

Com a teoria da separação dos poderes pretende-se garantir a distinção entre direito e política, já que a política não deve influenciar o judiciário no momento da tomada de decisões. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. “essa neutralização política do Judiciário [...] é uma nova forma de saber jurídico: **a ciência do direito do século XIX**”.³

O poder legislativo passa a ter o monopólio da produção legal e a lei transforma-se na principal fonte do direito. A idéia de que as normas eram imutáveis agora assume outro tom, ou seja, a mutabilidade dos enunciados normativos torna-se a regra.

A percepção de que a qualquer momento as normas atuais serão substituídas por novas leis recebe algumas críticas. Ferraz Jr. salienta que em relação à ciência

² FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 73.

³ Idem, p. 73. Grifei

jurídica há quem questione: “que ciência é esta se basta uma penada do legislador para que bibliotecas inteiras tornem-se maculatura?”⁴

A resposta é dada pela chamada Escola Histórica⁵, que teve como precursor o civilista alemão Hugo (1764-1844), que de acordo com Ferraz Jr.:

[...] propõe, segundo um paradigma kantiano, uma divisão tripartida do conhecimento científico do direito, correspondente a três questões fundamentais: dogmática jurídica (que responde ao problema: que deve ser reconhecido como de direito – de jure?); filosofia do direito (cujo problema é: é racional que o reconhecido como de direito assim o seja?); história do direito (como aquilo que é reconhecido como de direito se tornou tal?). [...]⁶

A partir desta concepção, o direito é percebido não mais como um objeto que ocorre na História, mas que em seu cerne é histórico. Portanto, transforma-se historicamente.

Para Savigny, um dos autores mais conhecidos da Escola Histórica do direito, o objeto principal do juiz não são as normas positivadas e sim a consciência do povo, este que é a fonte originária do direito e não a lei.⁷

Segundo José Lamego, na concepção de Savigny, o *Volkgeist* [espírito do povo] significa a fonte principal do direito se comparada com as demais como, por exemplo, as leis, a doutrina, os costumes, que serão sempre subsidiárias em relação aquela. Desta feita, é no povo que se encontra a principal fonte de criação do direito positivo.⁸

Conforme Karl Larenz, a obra de Savigny pode ser dividida em duas fases, na primeira denominada de “positivista-legalista”: Savigny aponta como objeto da interpretação jurídica a lei, afastando qualquer interpretação restritiva ou extensiva

⁴ FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

⁵ Pode-se dizer que a Escola Histórica alemã era contra os valores do Iluminismo. Conforme José Lamego, a Escola Histórica caracteriza-se pela: a) rejeição das idéias políticas da *Aufklärung*, entendidas como uma espécie de conspiração no plano filosófico e político contra as idéias de ordem, tradição e hierarquia; b) revalorização dos valores históricos da tradição nacional germânica e, dentre eles, a importância do costume como força de configuração das ‘instituições’; c) a substituição no plano filosófico de uma concepção mecânica da realidade por uma concepção orgânica, mediante a noção, derivada no âmbito das ciências da natureza, de ‘organismo vivo’. LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

⁶ FERRAZ JR. Op. cit., p. 75.

⁷ Idem., p. 76.

⁸ LAMEGO, Op. cit., p.20.

pelo juiz. Em outras palavras, interpretar é dizer aquilo que a lei diz (*voluntas legis*). A partir da obra *Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* (1814), Savigny irá defender a idéia de que a interpretação do magistrado deve possuir como fundamento o *Volksgeist* (“o espírito do povo”) e não somente a legislação escrita.⁹

Pode-se dizer que em Savigny a busca pelo sentido do texto normativo, através de um conjunto de métodos racionais, perpassa as suas duas fases. Ou seja, na primeira o sentido da lei deveria ser encontrado na lei; na segunda, a lei é um complexo de significações que se encontram na sociedade. Portanto, essa variação entre subjetividade – a busca pela vontade do legislador – e objetividade – o espírito do povo – são questões essenciais para a compreensão da propagação da ciência jurídica como teoria interpretativa.¹⁰

Muito embora, utilizar-se do *espírito do povo* para interpretar a lei possa parecer uma idéia contrária à idéia de modernidade jurídica¹¹, a Escola Histórica não rompe com os pressupostos desta, entre eles: a sistematicidade, a unidade e a coerência lógica. Visto que o “espírito do povo” como abstração serve para unificar, como princípio geral do qual são deduzidos os demais princípios. Nesse sentido, há uma coerência no sistema, que evita a criação do direito por parte do intérprete, sendo a função do juiz a descrição dos enunciados normativos de forma neutra.

No século XX a racionalidade construtivo-sistemática será fortalecida a partir de Hans Kelsen em sua obra *Teoria Pura*. Para Kelsen o direito é compreendido como um sistema de normas a partir da perspectiva de uma Ciência Jurídica.

⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. p. 12.

¹⁰ FERRAZ JR. Op. cit., p. 267.

¹¹ Segundo Wolkmer o direito moderno pode ser caracterizado como um: “[...] direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídica) e normativo. Sua estrutura técnico-formal é constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal. O princípio da generalidade implica que a regra jurídica é preceito de ordem abrangente, que obriga a um número incontestado de pessoas que estão em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata porque objetiva alcançar um maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos e acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social”. [...]. WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e instituições na modernidade jurídica. In: **Revista Sequência**, n. 30, ano 16, junho de 1995, p. 17-23.

Para compreender a teoria kelseniana deve-se partir de sua base epistemológica, que estabelece o princípio da pureza metodológica. No início de sua obra, o autor descreve o significado da Teoria Pura do Direito:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu **princípio metodológico** fundamental.¹²

Portanto, pode-se dizer que o principal objetivo do positivismo jurídico é a cientificização do direito, desta feita há a pretensão em afastar do fenômeno jurídico tudo o que não seja direito como, por exemplo, sociologia, psicologia, política e economia.¹³

Esta teoria pretende responder a questão: “o que é e como é o direito?” Não lhe importa como deve ser. Trata-se de ciência do direito e não de política jurídica. O objeto desta ciência é o direito, uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.¹⁴

Assim, o direito é compreendido como um conjunto de normas que estão relacionadas entre si, formando um ordenamento jurídico que deve ser coerente, unitário e ordenado. Dessa forma, o fundamento de validade de uma norma é outra norma hierarquicamente superior.

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machaod. 6.ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1. Grifei.

¹³ Segundo Kelsen: “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência (ciência jurídica) tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN. Op. cit., p. 2-3.

¹⁴ Idem, p.5.

designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.¹⁵

Por sua vez, a validade de um enunciado normativo diz respeito à sua correspondência com a norma hierarquicamente superior. A criação do direito termina na chamada *norma fundamental*, uma norma fictícia¹⁶, não positivada, mas que é responsável pela unidade do ordenamento jurídico. Trata-se de uma norma pressuposta, e sua validade não é derivada de outra norma superior. Ciuro-Caldani irá dizer que,

O ordenamento normativo possui uma estrutura ‘piramidal’ com relações verticais e horizontais, em ambos os casos de produção e de conteúdo, que realizam respectivamente os valores subordinação, dedução, infalibilidade e concordância. [...] Ao relacionar-se com outras normas de nível superior ou do mesmo nível, a justificação sobre ele converte-se em um instrumento sobre a constituição da justificação das decisões judiciais.¹⁷

Para Kelsen é necessário fixar o sentido das normas, já que a interpretação é: “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.¹⁸ O intérprete ao decidir entre as inúmeras possibilidades interpretativas da lei é levado mais por um ato de vontade, do que por um ato cognitivo. Tendo em vista que a ciência do direito é normativa, será sobre as normas que o juiz deverá debruçar-se no momento da resolução de um caso concreto.

Muito embora o autor persiga a objetividade e a exatidão, ele deixa claro que não há uma solução correta para cada caso jurídico. Visto que não se trata de um

¹⁵ Idem, p. 215.

¹⁶ Para Kelsen a norma fundamental é fictícia e não hipotética como ele mesmo havia afirmado em sua *Teoria Pura*, ela se diferencia de uma hipótese pois: “[...] ela é acompanhada pela consciência ou, digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde”. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. IX.

¹⁷ CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Comprensión trialista de la justificación de lãs decisiones judiciales. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, v. II, n. 21, p. 79-87, 1998. p. 85. Tradução livre. No original: “El ordenamiento normativo posee uma estructura ‘piramidal’ con relaciones verticales y horizontales, em ambos casos de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordância. [...] Al relacionar-se con otras normas de nivel superior o del mismo nivel, la justificación su ele convertirse en um instrumento se La constitución de La justificación de las decisiones judiciales”.

¹⁸ KELSEN. **Teoria Pura...**, p. 387.

ato meramente intelectual, no qual o órgão aplicador do direito colocará a sua razão em busca da justiça.

Nesse sentido, a norma é um quadro ou moldura com várias possibilidades interpretativas. Para o autor, a interpretação da lei “**não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta**, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor.”¹⁹ O autor deixa aberta a possibilidade do ingresso da vontade do intérprete, no momento em que decide entre as possibilidades que lhe são apresentadas pela norma, ou seja, dentro da sua moldura.

A fim de evitar equívocos é importante notar que há uma diferença entre a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito e a realizada pela ciência jurídica, já que aquela escolhe entre as possibilidades uma para resolver o caso concreto; enquanto a esta última lhe é conferida a tarefa de estabelecer as possíveis significações das normas. Quando a ciência jurídica escolhe uma interpretação como sendo a correta está fazendo política do direito, função que a Teoria Pura rejeita. A Teoria Pura, vista como ciência, apenas informa as possíveis significações de uma norma.

Ao substituir o intelectualismo pelo voluntarismo da Teoria Pura do Direito, Kelsen transforma a interpretação em um ato que une o entendimento à vontade, dessa forma a função do juiz não será mecânica, na qual deverá extrair da norma geral a norma de decisão segundo uma conclusão lógica. Nesse sentido, Paulo Bonavides irá dizer que a interpretação para o autor da Teoria Pura do Direito é: “mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito.”²⁰

Salienta-se que para Kelsen a Constituição de um Estado irá institucionalizar a criação do direito. Pode-se dizer, portanto, que para o autor a Teoria Geral do Estado é simultânea à Teoria Geral da Constituição, já que os questionamentos em

¹⁹ Idem, p. 390, grifei.

²⁰ BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 411.

relação à criação do direito e em relação à fundamentação da unidade do ordenamento jurídico devem ser analisados sob o conceito de Constituição.²¹

A partir das consequências dos totalitarismos do século XX – genocídio, guerra, nazismo, fascismo – a doutrina jurídica passa a se questionar sobre a função do direito como guarda de valores sociais mínimos. Já que se comprovou que uma legitimidade construída meramente na forma era incapaz de garantir um mínimo de respeito aos direitos.

Assim, ao final da 2ª Guerra Mundial iniciou-se um movimento em prol de um paradigma, que garantisse uma base de fundamentação para o direito através de valores supra-positivos. De certa forma, foi a resposta dada ao legalismo formal que havia afastado a compreensão valorativa do direito, bem como as questões de índole moral dos enunciados normativos.

A discussão constitucional passa a ser colocada da seguinte forma: de um lado encontram-se os adeptos da corrente substancialista, entre eles Dworkin, aqui a criação jurisprudencial passa a vincular direito e política. O juiz é o intérprete da justiça na prática social, bem como decide conforme os princípios sociais.²² De outro lado, estão os adeptos da teoria procedimentalista, entre eles destaca-se Habermas, para quem a invasão da política pelo direito acarretaria a perda de liberdade. O modelo procedimental do direito deve garantir as condições necessárias, visando que todos os membros de uma comunidade participem, de forma comunicacional, da interpretação bem como da concretização da Constituição.²³

²¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo - SP, v. 61, p. 5-24, 2004. p. 9.

²² VIANNA. Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24

²³ VIANNA. Op. cit. p. 28-29.

1.2 Neoconstitucionalismo

Em linhas gerais pode-se dizer que o constitucionalismo contemporâneo tem definido suas características principais nos últimos 50 anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Embora não haja um modelo estanque e talvez nem se possa consolidar um “tipo ideal” de neoconstitucionalismo, este é um termo que remete ao antigo ideal de governo das leis, através de uma Constituição como instrumento apto a limitar o poder político. Além disso, deve-se pensar em uma técnica de ponderação dos direitos constitucionais, em que não há soluções gerais que sirvam para todos os casos e para todos os países.²⁴

Salienta-se que o papel do direito na transição democrática, de acordo com Cárcova, havia sido colocado: “através de um processo de resignificação de práticas, normas e instituições, substituindo a cultura do autoritarismo e reconstruindo (ou construindo) um imaginário democrático.”²⁵

Inicialmente, imaginava-se uma tarefa grandiosa aos tribunais, já que seriam responsáveis, em grande parte, pela irradiação dos ideários democráticos. Através de autores como John Rawls, Ronald Dworkin e Roseph Raz, entre outros, a teoria do direito sustentará seus conceitos a partir de um modelo de Estado Social, ainda que estes autores sejam adeptos de teorias liberais.

Como consequência, o direito, além de ser um conjunto de regras, também é um fenômeno social. Ost descreve interessante metáfora em relação a esta transformação do direito. O modelo de pirâmide e código é representado por Júpiter, este centro do qual toda validade declina, marcado pelo sagrado e pela transcendência da lei. Dworkin, para o autor, opõe um segundo modelo, chamado de Hércules, vizinho do realismo, que carrega sobre seus poderosos ombros o mundo, a transcendência da lei é substituída pela imanência dos interesses em conflito.²⁶

Dentro dessa perspectiva, os enunciados normativos são considerados como simples possibilidades jurídicas. O modelo clássico que privilegiava as normas e o

²⁴ CARBONELL, Miguel et al. (Org.). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 11-12.

²⁵ CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, Política e Magistratura**. São Paulo: LTR, 1996. p.170.

²⁶ Idem, p. 170.

dever de obediência é substituído por este modelo que se preocupa mais com a decisão. Nesse sentido, não é mais a decisão que deriva da regra, mas a regra passa a ser consequência da decisão.²⁷

Há quem considere que o surgimento da teoria neoconstitucional coincida com as críticas feitas por Dworkin ao positivismo jurídico.²⁸ Neste trabalho, portanto, pretende-se destacar as suas principais idéias a respeito do conceito de direito contemporâneo.

Salienta-se que, para Dworkin, toda a afirmação sobre aquilo que é o direito, no sentido do que a lei permite, proíbe ou autorize, requer sempre a formulação de “proposições jurídicas”. Estas, por sua vez, serão sempre “proposições interpretativas”.²⁹

O essencial é a perspectiva interna do argumento jurídico. O autor acredita que uma teoria do direito deva estar apta a apresentar a melhor solução para o caso que está sendo julgado.

[...] é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações. Seu interesse não é, em última análise, histórico, embora possam considerar a história relevante; é prático, [...] querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham.³⁰

²⁷ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, V.I, Alicante, n. 14, 1993. p. 178.

²⁸ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003 p. 260. Em relação a oposição de Dworkin ao positivismo ver sua obra *Levando os direitos a sério*. O autor realiza uma crítica ao positivismo, a partir das obras de Hart, segundo Dworkin: Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. [...] Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. DWORKIN. Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 35/36. Salienta-se a análise realizada por Rodriguez em *La decisión Judicial* na qual o autor colombiano visita uma decisão da Corte Suprema da Colômbia que decidindo ser ou não direito fundamental a possibilidade do uso, pelo cidadão, de doses pessoais de drogas, concluiu pela negativa. Seu argumento é a de que: “La decisión de Hércules no es determinada por el hecho de que la mayoría de los ciudadanos piense que se debe penalizar el porte y consumo de dosis personales de droga, porque la tarea del juez es proteger derechos, incluso – y sobre todo – contra el parecer de la mayoría. En este caso, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad milita en favor de la inconstitucionalidad de la prohibición.” RODRIGUEZ, César. **La decisión Judicial** – El debate Hart Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de los Andes, p. 68-89. 1997.

²⁹ DWORKIN. Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p. 6-7.

³⁰ Idem, p. 18.

Dessa forma, os principais desacordos entre os juristas não são puramente verbais ou semânticos. Não os nega, mas adverte que estes não são os mais relevantes.³¹ Para Dworkin, geralmente, as divergências entre os teóricos do direito dizem respeito a questões morais, explica: “um exemplo é o problema ético que se apresenta quando um jurista se pergunta não se uma lei particular tem eficácia, mas se é equânime.”³²

Portanto, as divergências entre os juristas não tratam da identificação do enunciado normativo, que deverá ser aplicado ao caso concreto, mas da elaboração do sentido “correto” (ou verdadeiro), que será dado através de um ato interpretativo, no qual se deduz dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal.³³

Assim, o principal desacordo entre os juristas será sobre os fundamentos que justificam a imposição estatal; porque, então, o direito exige que as pessoas se comportem ou não de determinada forma?

Dworkin coloca a questão em relação aos “casos fáceis” e os “casos difíceis”.³⁴ Nos primeiros, por exemplo, partindo do pressuposto de que há uma lei que proíba o tráfego de veículos a uma velocidade acima de 120 km/h nas estradas e uma pessoa ultrapassa este limite de velocidade, pode-se dizer que não há dúvida de que o juiz, neste caso, deverá tão somente aplicar a norma a este fato. Independentemente das idéias de justiça de cada um, este parece ser um caso fácil, visto que a questão se resolve de forma objetiva e exata.

Por outro lado, nos “casos difíceis”, por exemplo, quando a Corte Suprema, hipoteticamente, autoriza a realização da eutanásia, a cognição será mais árdua, incerta e duvidosa, visto que não há uma norma exata a ser aplicada. Não se encontra o acordo entre os juristas, como no primeiro exemplo.

Então, do que trata esta divergência? Não será sobre a semântica das normas, nem sobre os fatos, mas sobre o que o direito exige, ou seja, do que se trata esta imposição. Isto é, o desacordo que poderá ocorrer diz respeito sobre os fundamentos da coerção estatal.³⁵ Por isso para Dworkin,

³¹ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa**, Alicante, n. 12, 1992. p.159.

³² DWORKIN. **Levando os direitos a sério...**p. 3.

³³ CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, Política e Magistratura**. São Paulo: LTR, 1996. p.189.

³⁴ DWORKIN. **Levando os direitos a sério...**p. 126 e ss.

³⁵ CARCOVA. Op. cit., p. 189.

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam.³⁶

Portanto, o desacordo entre os juristas é muito mais profundo, pois faz referência à utilização e à justificação da coação estatal em um caso concreto. O problema não é sobre a identificação do texto, mas sobre sua utilização, isto é, trata-se da reconstrução de algo mais complexo e abstrato que a semântica normativa. Ainda que os juízes concordem sobre quais as leis vigentes e qual o sentido das palavras da lei, pode haver divergências teóricas sobre o que o direito obriga.³⁷ Nesse sentido, Dworkin descreve que “o direito é um conceito interpretativo.”³⁸

A interpretação funciona a partir do interior, do ponto de vista dos intérpretes, devendo, pois, ser uma interpretação construtiva a fim de tornar o seu objeto o melhor possível.³⁹ Como bem aponta Goyard-Fabre, em Dworkin, “tudo no direito é questão de interpretação.”⁴⁰

Dessa forma, as decisões judiciais são “opiniões interpretativas” e sendo assim, podem englobar tanto o passado quanto o futuro. Portanto, o direito é um fenômeno em desenvolvimento.⁴¹

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, **interpretativo**; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda. [...] ⁴²

³⁶ DWORKIN. **O império do direito...** p. 19.

³⁷ CASALMIGLIA. Op. cit., p. 160.

³⁸ DWORKIN. **O império do direito...**, p. 109.

³⁹ Idem, p. 64.

⁴⁰ GOYARD-FABRE. Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 217.

⁴¹ DWORKIN. **O império do direito...**, p. 271.

⁴² Idem, p. 273. Grifei

Quando um juiz decide um caso difícil ele interpreta de forma criativa, pois não pretende encontrar ou inventar a lei para o caso concreto, mas impor uma intenção ao texto. O intérprete cria a decisão, instituindo a lei e a própria tradição que pretende compreender segundo a sua vontade. Muito embora nos “casos difíceis”, não haja norma exata para a resolução do conflito, para Dworkin os juízes darão a resposta correta, que será verificada através do melhor argumento principiológico.⁴³

Salienta-se que para o autor as normas jurídicas estão divididas em duas espécies: regras e princípios. As regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”, ou seja, na hipótese da incidência de uma regra ela incidirá ao caso concreto ou não. Havendo colisão entre regras, uma delas será considerada inválida. Por outro lado, os princípios não determinam a decisão de forma estanque, mas indicam os fundamentos que devem ser analisados, juntamente com outros princípios.⁴⁴

Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, verificada nos casos em que há choque entre estes, momento em que o princípio que possui maior peso será aplicado, sem que o outro perda a sua validade, ou seja, não são excludentes.⁴⁵

Adverte o autor que levar os direitos a sério é compreender de que há direito além do direito estatal, podendo ser contrário a este, bem como, há direito além da convenção social ou contra ela.⁴⁶ Dito de outra forma, levar os direitos a sério significa compreender que há fontes de direitos e de deveres, além do ordenamento jurídico e das convenções sociais.

Dessa forma, o juiz pode decidir, ainda que não haja enunciado normativo específico, nem consenso social, a exigirem ou proibirem determinada conduta. Logo, pode-se dizer que não há direito além da decisão, esta e não a lei institui a autoridade. É nessa perspectiva que o autor cria a metáfora que compara a função do magistrado à escrita de um “romance em cadeia”, ou seja, a cada novo caso o juiz tem a oportunidade de reescrever a ordem jurídica estatal, através da sua decisão.

⁴³ Em relação à propositura da decisão correta, salienta Cárcova que: “Esta síntese teórica ou é a expressão de uma ingenuidade blindada – e digo ingenuidade, no pior sentido – ou seu autor é um fino ironista e, na realidade, está rindo de todo mundo.” CÁRCOVA. Op. cit. p. 200.

⁴⁴ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**..., p. 39.

⁴⁵ Idem, p. 42.

⁴⁶ Ibidem, p. 19

Os juízes são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide [...] introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. [...] a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo.⁴⁷

Para Dworkin incidem sobre as condutas humanas não apenas o direito posto, mas também as premissas morais. Visto que o direito não pode ser compreendido meramente como uma coação estatal, nesse sentido para toda a questão jurídica haverá uma resposta correta, cabendo ao juiz encontrá-la.

Assim, a legitimidade do juiz é colocada pelo melhor argumento em sua “resposta correta”. Para tanto, segundo Conrado Mendes, pode-se utilizar um teste de adequação e de justiça na decisão judicial: primeiramente, o juiz ao decidir uma lide deve verificar os precedentes, a história e a experiência constitucional, após analisará a hipotética solução. Havendo mais de uma forma de solucionar o caso em relação à primeira verificação, o juiz decidirá segundo aquela que melhor corresponda aos direitos morais, e descreverá o que o levou a decidir da melhor maneira possível, ou seja, a dar a resposta correta.⁴⁸

Dworkin irá dizer que a Suprema Corte dará a última palavra em questões de grande importância para a sociedade como, por exemplo: “se e como os estados podem executar assassinos, proibir abortos ou exigir preces nas escolas públicas.”⁴⁹ Dessa forma, esta instituição possui um papel grandioso na sociedade, já que cabe a ela decidir por último sobre questões extremamente delicadas.

Ao elevar o papel do magistrado, o autor cria a ilusão de um “super-juiz”, que sempre estará apto para descortinar a decisão correta. Dessa feita esta é uma tarefa atribuída a Hércules, ou seja, um juiz acima de qualquer suspeita que possui características supra-humanas.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**.... p. 275

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Democracia e controle de constitucionalidade**. 2005. (Mestrado em ciência política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p. 47.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**...p. 4.

As idéias de Dworkin contribuem para a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política⁵⁰, bem como para a supremacia da função do magistrado, segundo Vianna,

[...] a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.⁵¹

Como consequência, o juiz passa a decidir com uma profundidade muito diferente daquela quando decidia conforme os enunciados normativos. O vínculo com a lei cada vez mais se enfraquece. O magistrado tem se tornado intérprete de questões as mais diversas e duvidosas, por exemplo, quando deve resolver se um casal homossexual pode adotar uma criança; quando o Estado tem o dever de internar uma pessoa num leito de UTI; se pesquisas com células troncos devem ser realizadas ou não; se a mãe tem o direito de interromper o parto quando se trata de um feto anencéfalo.; Trata-se do que Ost denomina de “juiz Herculés”, ou seja, mais que um homem da lei, um verdadeiro engenheiro social.⁵²

Dworkin, ao criticar o positivismo e a prática judiciária reduzida à mera subsunção legal, eleva a função do magistrado. No entanto, ao destacar a importância do factual, há a ameaça de simplesmente substituir o reducionismo do

⁵⁰ Salienta-se que vários fatores apareceram no centro da tensão entre os Três Poderes que influenciaram a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. A democratização social, a nova institucionalidade da democracia política que surgiu ao final da 2ª Guerra Mundial e posteriormente nos anos 70, com a queda dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), o surgimento de Constituições nas quais os direitos fundamentais estão positivados, apresentaram-se no âmago da tensão entre os três poderes, o que influenciou a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

⁵¹ VIANNA. Op. cit., p. 22.

⁵² OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de jueces. **Doxa**, n.º 14, Alicante, 1993, p. 179.

positivismo pelo social. Em outras palavras, retira a lei e coloca os enunciados sociais em seu local.⁵³

Alerta-se, contudo, que não é ocioso dizer que o formalismo estrito do positivismo jurídico há muito já tem sido repelido. Alguns de seus críticos mais ferrenhos partiram para o caminho inverso, mas essa inversão ocorreu de tal forma que se pode dizer que retornaram ao ponto de partida.

Ou seja, tanto o positivismo jurídico quanto o neoconstitucionalismo propõem um modelo ideal de direito em um ponto essencial e supremo. Tal local ora é ocupado pela norma fundamental a partir da qual derivam as leis em uma operação dedutiva e linear, para os adeptos da teoria positivista; ora, na teoria neoconstitucional este lugar é ocupado por Hércules, um juiz supra-humano.

1.3 O Direito Reflexivo

A partir da década de 1980 surgem várias tensões entre o direito e a economia como, por exemplo, no campo dos direitos sociais, a aplicação destes depende da qualidade dos setores públicos no oferecimento de serviços básicos, como saúde e educação, vinculados à receita estatal. O que acarreta uma série de novas formas de poupanças voluntárias e compulsórias e uma modificação nos critérios de destinação de recursos, impondo aos dirigentes uma série de novos regulamentos.⁵⁴

Conseqüentemente a esta inflação legislativa, ocorre a perda da capacidade reguladora dos enunciados normativos estatais. Muito embora tenha ocorrido a democratização do país no campo político, na seara do direito econômico e do social, segundo Faria, manteve-se "a rigidez lógico-formal de normas basicamente voltadas à padronização das ações dos agentes produtivos e organizadas a partir da

⁵³ GOYARD-FABRE. Op. cit., p. 220.

⁵⁴ FARIA, Jose Eduardo. A efetividade do direito na pós-transição democrática. **Oñati Proceedings**, Oñati, n. 20, p.103-140, 1995. p. 109.

tradicional distinção entre legalidade e a ilegalidade dos comportamentos dos sujeitos de direito.”⁵⁵

Assim, tanto os direitos econômicos quanto os sociais demonstraram-se ineficazes, visto a crescente “especialização flexível” dos meios de produção.⁵⁶ Dessa forma, não há como haver um controle efetivo por parte do Estado, que passa a decidir de forma *ad hoc*, esquecendo-se, portanto, do rigor do direito econômico e social, os quais têm seus enunciados normativos constantemente flexibilizados em prol das novas ingerências sociais, econômicas, bem como políticas.

O papel do Executivo é enfraquecido, visto que não consegue controlar os agentes produtivos. Nesta cena surgem novas formas de resolução de conflitos, os quais são mais formas de negociações, que muitas vezes são colocadas em desacordo com o direito estatal, a chamada jurisprudência *ad hoc*, por exemplo. Dessa forma, de uma sociedade de indivíduos passa-se para uma “sociedade de organizações”.⁵⁷

Neste sentido, o direito positivo cede espaço para uma integração sistêmica sustentada e “normatizada” pelo lucro, produtividade e consumo por aqueles que fazem parte das organizações, bem como pelas imposições técnicas das novas formas de produção capitalista.⁵⁸

Em sua análise de um sistema legal, Luhmann propõe que este seja aberto e fechado ao mesmo tempo. Ele é aberto, pois pode ser influenciado pelos demais subsistemas que constituem o ambiente como, por exemplo, a política e a economia; ao mesmo tempo em que é fechado, pois, só uma norma decide quais fatos são relevantes para o sistema legal.

Como todos os sistemas, os procedimentos judiciais constituem-se pela diferenciação, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente. [...] Trata-se [...] de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após

⁵⁵ Idem, p. 111.

⁵⁶ Idem, p. 112.

⁵⁷ Ibidem, p. 115.

⁵⁸ Idem, p. 115.

filtragem de informações. A diferenciação só pode, pois, ser realizada pelo estabelecimento **autônomo do procedimento judicial** e avança tanto, quanto as possibilidades de decisão do sistema.⁵⁹

Ao atuar como um sistema fechado o sistema jurídico garante a manutenção e a auto-reprodução. Por sua vez, ao agir de forma aberta sofre as influências dos demais subsistemas, em um processo de contínua adaptação das exigências externas. Quando cria direito, a decisão jurisdicional demonstra auto-reprodução, bem como quando há inúmeras citações de precedentes e a invocação da súmula vinculante, por exemplo.

Ao mesmo tempo em que os sistemas são autônomos, pois orientam suas trocas com o ambiente através de métodos próprios, dependem do meio externo. Segundo Luhmann a “autonomia dos processos judiciais, tem naturalmente, limites nítidos;”⁶⁰ A autonomia, pois, não significa total independência do meio, há sim, um processo de simbiose. Por mais autônomo que possa parecer um procedimento judicial, portanto, nada impede que sofra ingerências do meio externo.

Nesse sentido, os enunciados normativos do direito processual não possibilitam, necessariamente, a autonomia do sistema; conduzem a um único lugar para Luhmann, qual seja: “a uma central política, controlando tanto as informações jurídicas, quanto as efetivas que são apresentadas ao tribunal”.⁶¹

Conforme Ferraz Jr. todo sistema “é uma redução seletiva de possibilidades em comparação com as possibilidades infinitas do mundo circundante.”⁶² Por isso, pode-se afirmar sua contingência, pois não há nada previamente estabelecido entre as inúmeras possibilidades de interação do sistema e ambiente. No entanto, a estrutura do sistema pode lhe proteger contra a contingência.

O direito, portanto, identificado como uma das estruturas sociais, tem a tarefa de garantir as expectativas dos indivíduos. Entretanto, Luhmann questiona: “como é possível divulgar a convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta

⁵⁹ Ibidem, p. 53.

⁶⁰ LUHMANN. Op. cit., p. 60.

⁶¹ Idem, p. 63.

⁶² FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 1-5. p. 3.

decisão, quando só alguns decidem?”⁶³ Isto é, de que forma pode-se acreditar que o direito é uma estrutura legítima para garantir as expectativas sociais?

Muito embora devam estar presentes tanto o consenso social, quanto a coação estatal, para Luhmann, ambos não são suficientes para garantirem a legitimidade do direito.

[...] o problema é exatamente esta indecisão, esta generalização da legitimidade que provoca uma aceitação quase desmotivada, tal como no caso das verdades. **Pode definir-se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.** [...] ⁶⁴

A legitimidade, assim, é estabelecida a partir da aceitação de decisões futuras. Uma estrutura jurídica, para o autor, será legítima desde que possua a capacidade de produzir uma aceitação de suas decisões. Nesse sentido, Cárcova irá dizer que para Luhmann o direito tem: “como função a generalização congruente de expectativas de conduta por meio das quais reduz a complexidade”.⁶⁵

A convicção nas decisões judiciais depende muito mais da generalização de seu reconhecimento, do que de aceitações individuais. Os indivíduos devem assumir para Luhmann “sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento”, bem como estas decisões devem estruturar “as suas expectativas”.⁶⁶

Dessa forma, o sistema jurídico organiza-se, estruturalmente, generalizando as expectativas. As generalizações são colocadas em três dimensões: na dimensão temporal, a generalização das expectativas é possível através das normas; na dimensão social, as expectativas são institucionalizadas, isto é, aprovam o consenso através de terceiros; na dimensão prática, tendo em vista a estabilização das expectativas relativamente às pessoas, aos papéis, aos programas e aos valores, é possível alcançar uma coerência que viabiliza os processos comunicativos.⁶⁷

⁶³ LUHMANN. **Legitimação pelo procedimento...**, p. 29.

⁶⁴ Idem, p. 30. Grifei.

⁶⁵ CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 33.

⁶⁶ LUHMANN, op. cit., p. 33.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, V.I, p. 109.

Ainda que alguns indivíduos não aceitem estas decisões de forma espontânea, a institucionalização social influencia o seu reconhecimento e a sua conseqüente aceitação. Assim, todos passam a comportarem-se de acordo com as decisões oficiais. Nesse sentido é que para Luhmann, “a adoção duma nova concepção de direito, sugerida pela decisão oficial, sozinha significaria pouco.”⁶⁸

O essencial na legitimação das decisões é a busca de um método eficaz de orientação da sociedade, através das determinações impostas. Visto que, o fundamental é a contribuição que o sistema apresenta para legitimar a decisão. O que o sistema legal estabelece a partir da decisão é também um fator de legitimação.

Nesse sentido, pode-se dizer que Luhmann participa das denominadas concepções decisionistas da legitimidade. Para Ferraz Jr., Luhmann é um decisionista sutil, já que

[...] sem eliminar o caráter decisório da legitimidade, ele evita o problema do regresso a uma decisão última, no início da série, **mostrando que a legitimidade não está ali, mas no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada.** É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes.⁶⁹

Salienta-se que um procedimento não pode ser visualizado como uma série imutável de ações. O que impulsiona o procedimento é a comunicação seletiva entre os participantes, através de ações não previamente estabelecidas. Luhmann irá dizer que,

[...] o procedimento decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estruture a situação geral, que não aciona mecanicamente. Isso constitui o passo seguinte.⁷⁰

⁶⁸ LUHMANN. **Legitimação pelo procedimento...**, p. 34.

⁶⁹ FERRAZ. **Legitimação pelo procedimento...** p. 4.

⁷⁰ LUHMANN. Op. cit., p. 39.

Os procedimentos, portanto, são sistemas sociais que possuem como função específica tornar as decisões obrigatórias. Assim, independentemente daquilo que motiva os indivíduos a aceitarem as decisões, há um compromisso em aceitá-las ainda que inconvenientes – uma vez que a única certeza que possuem é de que uma decisão será tomada não obstante a incerteza em relação ao seu conteúdo, ou seja, independentemente do conteúdo um procedimento será realizado.

Nesse sentido, Jürgen Habermas destaca que a teoria de Luhmann falha ao criar a ficção de que há uma aceitação geral das decisões, não subordinadas ao seu conteúdo. Além disso, ao descrever que os argumentos jurídicos existem apenas para ludibriar os envolvidos, no sentido de que as decisões judiciais não são tomadas de acordo com a vontade do intérprete, para Habermas, Luhmann: “não acredita que os argumentos tenham uma força racional motivadora.”⁷¹

Dito de outra forma, para Luhmann o juiz argumenta somente para fazer crer que não decide de forma livre, ou seja, “os argumentos justificam as decisões e não (a coerção para) as decisões os argumentos”⁷², ou seja, para o autor primeiramente o juiz decide para depois argumentar.

Para Habermas, em contrapartida, o paradigma procedimental é vazio de conteúdo, mas tem que apresentar as condições necessárias para o processo democrático, assim, seu conteúdo será estabelecido pelos indivíduos em uma relação comunicacional. Em outras palavras, o modelo procedimental é formal no sentido de que apenas coloca a disposição dos cidadãos os meios – os procedimentos – adequados para que resolvam, de forma consensual, seus conflitos.⁷³

Dessa forma, o procedimento democrático não é legitimado por meio de um acordo prévio de uma comunidade jurídica pressuposta em si mesma. Uma compreensão procedimentalista acredita na racionalidade dos procedimentos que garantem que as consequências do processo democrático sejam racionais.⁷⁴

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.II., p. 225-227.

⁷² LUHMANN. Die soziologische Beobachtung des Rechts. Frankfurt/M., 1986, 35. Apud. HABERMAS, v. II, p. 225.

⁷³ HABERMAS. Op. cit, V. I, p. 326.

⁷⁴ Idem. V. I, p. 354.

No que diz respeito ao Tribunal Constitucional, este deve tão somente assegurar que o processo democrático ocorra, isto é, deve garantir que os indivíduos disponham dos meios adequados para o cumprimento do processo democrático. Portanto, a decisão judicial é legítima, pois tem sua origem na racionalidade do processo legislativo que é o responsável pela legitimação do sistema.⁷⁵

Contudo, não há como negar que o mundo jurídico engloba a litigiosidade, assim, Habermas, no mínimo, subestima o conflito da vida das partes litigantes. Este modelo da “processualização contextualizada”, segundo Ost

[...] liga-se ao fato que ele desloca quase completamente o debate do plano normativo para o plano cognitivo. Tudo se passa, como o temos notado, como se não se tratasse senão de racionalidade, de aprendizagem, de informação, e não de normas, de valores e de princípios. No que se refere a convicções, só se terem convenções [...] mais que de instituições, fala-se de “dispositivos cognitivos coletivos”; quanto a normas, nós as definimos como “heurísticos no seio de um processo de aprendizagem [...]”.⁷⁶

Dessa forma, se antes havia a ficção na legitimidade por meio da legalidade, com Habermas passa-se para a ilusão do agir comunicativo. Logo, pode-se dizer que para Habermas, o processo democrático é uma condição para que o direito positivo seja legítimo. Em outras palavras, a legitimidade do direito é colocada pelo procedimento democrático.⁷⁷

Assim, parte-se do pressuposto de que as leis passam pelo processo de comunicação entre os cidadãos. Segundo Goyard-Fabre a resposta de Habermas para a questão da legitimidade da ordem normativa é colocada pela razão comunicacional.⁷⁸

No entanto, a proposta de Habermas, diferentemente do paradigma liberal e do bem-estar social, não se vincula a um ideal de sociedade, bem como não propõe

⁷⁵ HABERMAS. Op. cit., V. I, p. 347.

⁷⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 395.

⁷⁷ HABERMAS, V.I, P. 314.

⁷⁸ GOYARD-FABRE. op. cit., p. 304-305

um ideal de vida boa.⁷⁹ Ao anular objetivos normativos predeterminados este paradigma, segundo Ost, “arrisca-se muito a só engendrar direito de aparência enganadora”.⁸⁰

Em linhas gerais pode-se dizer que tanto Luhmann quanto Habermas proporcionaram o surgimento do direito reflexivo. De acordo com Faria

Inspirado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, mas dela se afastando em vários aspectos, especialmente quando se propõe a conjugá-la com a teoria crítica de Jürgen Habermas e a promover uma síntese entre *racionalidade sistêmica* e *racionalidade discursiva*, o modelo do “direito reflexivo” foi originariamente formulado por Gunther Teubner. [...] ⁸¹

Segundo Roth o direito moderno, que historicamente passou pelo Estado liberal, no qual pretendia garantir a livre circulação de idéias, pessoas e bens, com regras gerais e abstratas, para o Estado social visando metas concretas, como técnica de gestão e regulação social, tem sofrido com as transformações econômicas e políticas das ultimas décadas, juntamente com as idéias neoliberais.⁸² Conseqüentemente, tem ocorrido a crise do estado atual, demonstrando que os mecanismos de regulação estatal não possuem mais aplicabilidade.⁸³

Assim, o direito como o principal meio de regulação social através do Estado, também se encontra em uma profunda crise. As imposições externas: sociais, políticas e econômicas; juntamente com a “onda neoliberal” têm ocasionado uma deslegitimação da regulação estatal.⁸⁴

Desta maneira, a imagem de que o direito deve ser reflexivo tem assumido a cena nos últimos tempos. Para esta concepção, vinculada as idéias do pós-modernismo, as análises jurídicas devem afastar o “macro” e o “geral”, preocupando-se basicamente com o caso concreto.⁸⁵

⁷⁹ CITTADINO. Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 210.

⁸⁰ OST. Op. cit., p. 395.

⁸¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros editores. p.186.

⁸² ROTH. André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17-23. p. 16.

⁸³ Idem. p. 18.

⁸⁴ Idem, p. 20.

⁸⁵ O pós-modernismo foi uma resposta dada as principais características da modernidade, nesse sentido, segundo Hespanha: “Ao geral, opõe o particular; ao gigantismo do “grande” opõe a beleza do

Contra a generalidade, abstração e centralismo do paradigma positivista o direito reflexivo caracteriza-se segundo Hespánha

[...] (i) por uma arquitectura em rede, em que cada pólo fosse gerido autonomamente, tendo em conta todas as particularidades das situações; (ii) em que a flexibilidade e adaptabilidade do conjunto fosse garantida pela inexistência de um pólo central; (iii) e em que a comunicação fosse de um novo tipo, não baseada em modelos gerais e abstractos de informação, mas em descrições personalizadas, exaustivas e atentas às dimensões não puramente racionais das situações.⁸⁶

Dentro desta concepção denominada de reflexiva, o direito possui como papel a orientação social. Desta forma, o sistema legal é sempre ajustável, negociável, devendo estar em conformidade com a sociedade. O direito, portanto, deixa de ser central e institucionalizado e passa a ser flexível.

Este paradigma é fortemente influenciado pelas idéias de Luhmann, para quem o papel do Estado e do direito é o de simples guia. Para o autor, o direito positivo possui como fundamento a decisão, visto que “sua vigência [direito positivo] baseia-se exclusivamente na decisão e [...] é modificável também através de decisão”.⁸⁷ Aqui se expressa a reflexibilidade do sistema jurídico, isto é, sua auto-referência e o seu auto grau de seletividade.

Bercovici irá dizer que para Luhmann o sistema legal se legitima por si mesmo, no momento em que estabelece os procedimentos decisórios através do direito positivo. O conteúdo, por sua vez, não é imprescindível para a legitimidade.⁸⁸

Dessa forma, o direito reflexivo permite que os destinatários da lei a conduzam, visando o consenso. Para tanto, há a necessidade de uma razão discursiva, através da qual os indivíduos negociem seus próprios interesses, segundo Roth: “a estrutura jurídica deste direito, chamada por Willke de programa relacional, tem dois níveis.”⁸⁹

“pequeno” [...]; à eficácia da perspectiva macro opõe a subtileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o “caso”; à hetero-regulação, a auto-regulação; ao funcional opõe o lúdico; ao objectivo opõe o subjectivo; a “verdade” opõe a “política”; HESPANHA. Op. cit., p. 499.

⁸⁶ Idem, p. 500.

⁸⁷ LUHMANN. **Sociologia do Direito**. V. I..., p. 237.

⁸⁸ BERCOVICI. Op. cit., p. 12.

⁸⁹ ROTH. Op. cit., p. 23.

Primeiramente, apresentam-se os fins e posteriormente, através de uma auto-regulação, na qual prepondera o caráter de índole formal em detrimento de uma análise material, há o consenso entre os cidadãos.⁹⁰ Estabelece-se uma razão discursiva, em que os indivíduos envolvidos negociam, nesse sentido, de acordo com Roth,

[...] no primeiro nível do programa-relacional, sobre metas legislativas e indicativas comuns, donde há “interesses generalizáveis”. O segundo nível, é um processo de auto-regulação interna em cada campo específico, que devem permitir um acordo por meio da busca de um consenso entre os atores sociais referidos”.⁹¹

Salienta-se que este programa também é influenciado pelas idéias de Habermas, presente no modelo procedimental do direito, visto que o cerne normativo é a autonomia dos cidadãos que se reconhecem como autores do seu direito. Assim, os cidadãos são atores autônomos, que constituem a sua vontade em uma relação comunicacional.⁹²

Nesse diapasão, a Constituição não pode ser vista como uma ordem normativa geral e universal destinada a impor, *a priori*, a forma como as pessoas devam se comportar, visto que a idéia de Estado democrático de direito passa, necessariamente, pela idéia da “auto-organização da comunidade jurídica.”⁹³ A Constituição apenas indica os procedimentos que devem ser observados pelos cidadãos, que irão segui-los ou não. Nesse sentido, o autor argumenta: “somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.”⁹⁴

A melhor forma para a concretização de um direito se dá através da autonomia privada dos indivíduos, já que nenhuma regulamentação jurídica, *a priori* possui essa capacidade, a não ser que promova a participação dos envolvidos em comunicações políticas, que são capazes de esclarecer os aspectos principais para uma posição de igualdade.

⁹⁰ Idem, p. 23-24.

⁹¹ Ibidem, p. 24.

⁹² HABERMAS. Op. cit., V. II, p. 190.

⁹³ HABERMAS. Op. cit., V. I, p. 325.

⁹⁴ Idem, V. I, p. 326.

Segundo esta compreensão procedimentalista, a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos. [...].⁹⁵

O modelo procedimental do direito pretende, principalmente, garantir o processo democrático. Assim, não há mais a figura do indivíduo isolado, preocupado meramente com seus interesses, como também a do cliente do Estado, requerendo seus serviços, agora emerge o cidadão preocupado em participar dos interesses da *polis*, ou seja, em fomentar o tratamento igualitário na sociedade.

No entanto, a norma procedimental ao não pretender regular os comportamentos, mas apenas indicar os limites da interação garantindo igualdade entre as “organizações complexas”, que transitam nos mercados transnacionalizados, por meio de uma disposição dos seus processos decisórios, de suas formas de participação, bem como de suas racionalidades normativas, possui como característica principal, segundo Faria: “seu baixíssimo grau de coercibilidade”.⁹⁶

Por causa de seu baixo grau de coercibilidade, o tipo de norma procedimental [...] como se limita a estabelecer premissas para decisões, a facilitar entendimentos, a estimular negociações e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica, introduzindo na ordem jurídica uma **flexibilidade** inédita e desconhecida pelos padrões legais prevalecentes tanto no Estado liberal quanto no Estado intervencionista, essa norma nem estabelece *a priori* a regra do jogo [...].⁹⁷

Tendo em vista a crescente autonomia dos diferentes subsistemas, o Estado, bem como o direito vão atenuando cada vez mais suas características de controle, subordinação, rumo e coordenação. Passando, então, a indicar meramente como devam ser as possibilidades factuais visando a favorecer o desenvolvimento autônomo de cada sistema. Dessa forma, surge um ordenamento, segundo Faria,

⁹⁵ HABERMAS. Op. cit., V I.,p 169.

⁹⁶ FARIA. **O direito na economia globalizada....** p. 183.

⁹⁷ Idem. p. 185.

[...] capaz de substituir a coerção pelo consenso, o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção e, por fim, a responsabilização individual pela responsabilização organizacional, no caso das condutas potencialmente comprometedoras do equilíbrio sistêmico da sociedade.⁹⁸

São estas as características de um direito reflexivo⁹⁹, cujo principal objetivo é a autonomia dos sistemas. Nesse sentido, sua função é garantir a independência, visando à expansão de suas racionalidades, por meio de procedimentos de ordenação do consenso, bem como da tomada de decisão coletiva.¹⁰⁰

No entanto, no momento da decisão judicial, podem se manifestar forças de interesses setoriais e os que detêm o poder influenciam a situação. Jeanine Nicolazzi Philippi explica que “é necessário expor a contraface desse processo, implicada com a desterritorialização da política operacionalizada a partir da proliferação indiscriminada de mecanismos de direção jurídica, econômica e social”.¹⁰¹

Em linhas gerais pode-se dizer que para o positivismo jurídico de matriz kelseniana o direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, é norma jurídica. Essas normas são gerais, abstratas e impessoais. Assim, este paradigma do direito vinculado ao modelo de Estado liberal limitava-se a estabelecer enunciados normativos essenciais da sociedade. Ou seja, sua função era condicional (se...então...).

Dessa forma, o Poder Judiciário tinha a atribuição de fixar o sentido dos enunciados normativos, sendo a função do juiz um ato mecânico dedutivo, da norma geral a um caso concreto, não havendo uma única solução correta.

Por outro lado, para o modelo neoconstitucional o juiz deve buscar o melhor argumento visando à resposta correta, segundo Dworkin. Tendo em vista a vinculação entre direito e moral, o intérprete está autorizado a decidir de acordo com

⁹⁸ Idem, p. 194.

⁹⁹ Segundo Faria reflexividade é a: “capacidade de um sistema de tematizar sua própria identidade”; FARIA. **O direito na economia globalizada**. p. 195.

¹⁰⁰ Idem, p. 196.

¹⁰¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**. Uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 381.

valores supra-positivos. A partir destas concepções proporcionou-se uma maior liberdade interpretativa, já que ao juiz é permitida a criação do direito.

Em se tratando do direito reflexivo, os enunciados normativos deixam de ser “condicionais” e “finalísticos” e passam a ser “relacionais”. Ou seja, limitam-se a estabelecer relações entre as organizações, objetivando um sentimento de responsabilidade entre elas. Não determinam maneiras de agir, apenas as indicam. Aqui, de acordo com Faria “só é proibido o que ultrapassa determinados limites”.¹⁰²

Desse modo, a desregulamentação do ordenamento jurídico é consequência de uma crise maior, que além de econômica, social e política, é também, crise do Estado. De qualquer sorte, é importante mencionar que há uma crise particular e ao mesmo tempo comum aos modelos de direito citados acima.

Muito embora didaticamente se poderia sugerir a superposição destes paradigmas, estar-se-ia reduzindo a complexidade na qual nos encontramos. Dessa forma, deve-se partir para uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, como maneira de compreender a realidade em que se encontra.

Ainda que seja impossível decidir em abstrato entre estes feixes de argumentos opostos, a descrição dos conceitos acima é extremamente importante para a compreensão e, conseqüente, análise crítica dos dados que serão apresentados nos próximos capítulos.

Não é ocioso lembrar, portanto, que a construção de um modelo não pretende reproduzir a realidade, mas formular questões a partir dele, para melhor compreensão da complexidade do direito contemporâneo brasileiro. Em outras palavras, a partir daquelas construções teóricas, adquire-se um ponto de apoio para a disposição das investigações seguintes.

¹⁰² FARIA. Op.cit., p. 198.

2. UM VÉU PUDICO OCULTA A DECISÃO

2.1 Percurso desta pesquisa

Acredita-se que em toda a pesquisa deve-se evitar a mera descrição dos dados observados, para que não resulte em “uma coleção de anedotas unidas por insinuações e um sentido de que, embora se toque em muita coisa, muito pouco é apreendido”.¹⁰⁴ Por outro lado, também se deve evitar a simplória descrição teórica sobre o tema a ser examinado, a importação de doutrinas e seu acoplamento irrefletido diante dos dados empíricos.

O pesquisador, portanto, que visa a evitar ambos equívocos deverá, segundo Geertz “construir seu patíbulo teórico, enquanto leva a termo sua análise.”¹⁰⁵ Mas esta tarefa não é das mais fáceis, já que uma questão acompanha o pesquisador, qual seja: como compreender a realidade social, através dos indivíduos, sem mergulhar num relativismo sem retorno, e sem cair numa abstração teórica?

Muito embora pareça que ao se optar por uma alternativa a outra seja excluída, isso não é correto, pois a pesquisa deve ser pautada tanto pela base teórica, quanto pela análise dos dados empíricos. Dessa forma, ao elaborar uma “descrição densa”¹⁰⁶ dos documentos analisados, privilegia-se suas singularidades e, ao mesmo tempo, verifica-se a integração entre eles.

Sob à luz da antropologia interpretativa, portanto, busca-se compreender, analisar e descrever, através da leitura dos acórdãos¹⁰⁷, qual o entendimento do

¹⁰⁴ GEERTZ, Clifford. **Interpretação das Culturas**. Trad. Rio de Janeiro, RJ: LTC. p. 136.

¹⁰⁵ Idem, p. 136.

¹⁰⁶ idem, p. 4.

¹⁰⁷ Um acórdão é estruturado, em regra, da seguinte forma: inicialmente há um número de registro no STF, o processo, o Estado, o nome do ministro relator, o órgão julgador e a data da publicação. Posteriormente há a ementa sobre o que trata o julgado, ou seja, uma breve síntese da lide. Logo após há o título: ACÓRDÃO e em seguida: “Vistos, relatados etc (...) local em que há a decisão. Posteriormente, há o relatório, onde se apresenta o histórico do processo bem como os pedidos das partes; após são traçados os votos dos ministros que fazem parte da decisão, em alguns documentos ocorrem debates entre os votos individuais; e, por fim, há o extrato da ata na qual novamente é descrita a decisão final. Talvez a melhor definição para um acórdão seja a de Geertz: “a marca simbólica que dá autenticidade à retórica jurídica”. GEERTZ, Clifford. **O saber local**. Novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Mello Joscelyne. 8.ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 262.

Supremo Tribunal Federal, a respeito da sua prática decisória, bem como quais são as características do direito contemporâneo.

Ao partir dos pressupostos destes textos, vistos nas entrelinhas, tem-se um conjunto de instrumentos semânticos aptos a verificação de quais são os significados, informados por estes “saberes locais”¹⁰⁸, ou seja, os sentidos de justiça dos magistrados. Dessa forma, os documentos analisados serviram de auxílio para a compreensão da atuação do STF. Nesse sentido, os apontamentos de Geertz são relevantes.

[...] o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro [...].¹⁰⁹

Em meio a tantas outras áreas do conhecimento o direito também pode ser considerado uma forma particular de se imaginar o mundo. Mas com a prerrogativa de se tratar de uma representação normativa, regulada numa determinada maneira de imaginar como devam ser as coisas (a lei) e como elas são (o fato), desenvolvendo um “sentido de justiça” que é sempre específico e “local”, dependendo da relação entre fato e lei nos diferentes contextos.¹¹⁰

O direito é um “conhecimento local” a ser verificado e compreendido – seja por doutrinadores do direito, sociólogos, antropólogos, filósofos e/ou leigos – a partir do modo como se relaciona com a vida social que ele constrói e, isso, em um determinado contexto – no presente trabalho, verificam-se as decisões do STF.

Salienta-se que para compreender e descrever os votos dos Ministros do STF adotou-se uma metodologia que pudesse abarcar toda a complexidade do processo interpretativo, na tentativa de oferecer um entendimento das práticas decisórias do Poder Judiciário brasileiro. Dessa forma, a utilização do método qualitativo busca compreender e descrever os acórdãos do Supremo.¹¹¹

¹⁰⁸ Idem, p. 260.

¹⁰⁹ GEERTZ. **Interpretação das culturas**.... p. 4.

¹¹⁰ GEERTZ. **O saber local**... p. 260.

¹¹¹ É importante mencionar que os resultados qualitativos que serão apresentados neste trabalho, ainda que não proponham generalizações e conclusões extensas acerca do entendimento do

Segundo Ricoeur, um texto é compreendido como qualquer discurso fixado pela escrita, assim estas decisões são analisadas como textos.¹¹² Portanto, os dados empíricos verificados neste trabalho são verificados como sendo o próprio discurso dos juízes.¹¹³

A análise que se propõe focalizou determinadas características que emergiram dos documentos, em outras palavras as reflexões que seguem foram feitas a partir dos dados empíricos.¹¹⁴ Nesse sentido, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer enfatiza que

[...] reaprendi uma lição básica - e difícil - de metodologia de pesquisa "anti-positivista": "focalizar um objeto e nele destacar o que interessa a um determinado recorte analítico é construir esse objeto. *Seus limites*, portanto, não são *seus*, mas os de quem o observa, competindo, portanto, ao observador, refletir sobre sua observação."¹¹⁵

Assim, lembrado novamente Geertz: "o que chamamos de nossos dados são realmente nossa própria construção das construções de outras pessoas."¹¹⁶ Dessa forma, ao interpretar características de uma cultura, efetua-se uma interpretação da interpretação de outras interpretações, ou seja, o que o autor havia descrito como uma interpretação de segunda ou terceira mão.

Supremo sobre sua prática decisória, bem como em relação ao paradigma atual do direito brasileiro, indicam a forma em que são produzidos.

¹¹² RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p.53.

¹¹³ ALMEIDA, Danielle Silveira de. **"Vistos, relatados etc"**: Uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. 81 fl. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis-SC, 2002. p. 35.

¹¹⁴ Estas características serão descritas no capítulo III.

¹¹⁵ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar**: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri - ritual lúdico e teatralizado -. 2002. 284 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia Social, USP, São Paulo, 2002. p.153.

¹¹⁶ GEERTZ. **Interpretação das Culturas**. Op. cit. p. 18. Muito embora pesquisas etnográficas encenem uma estratégia de autoridade, segundo Clifford, não se discutirá este problema neste trabalho. CLIFFORD, James. "Sobre a autoridade etnográfica".In. **A experiência etnográfica**. Antropologia e literatura no século XX. Rio de Janeiro: Editora UFRJ. 1998.

2.1.1 Mudanças ocorridas durante a geração de dados

Inicialmente, a pesquisa apresentava entre os objetivos verificar o paradigma de direito dominante nos julgados do STF. Nesse sentido, imaginava-se que as decisões poderiam ser rotuladas de forma estanque, na qual se traçaria um paralelo com a doutrina correspondente.

Estava subentendida a hipótese de que havia ocorrido uma sucessão de paradigmas, na qual, de um modelo normativista, passava-se para um modelo neoconstitucional até se chegar ao direito reflexivo. Assim, após a confrontação com os dados, a tarefa seria de mera articulação com a teoria. Ou seja, uma relação de causa e efeito já estava colocada no início do projeto deste trabalho. Antecipavam-se, assim, as conclusões, que na realidade só poderiam ser verificadas após a confrontação com os dados empíricos.

Em decorrência disso, nas primeiras análises dos acórdãos havia uma necessidade – quase que intrínseca – de aprisioná-los em algum paradigma do direito. Mas esta visão maniqueísta, na realidade, ocultava a compreensão dos julgados selecionados, bem como tentava instalar uma mútua exclusão entre os modelos de direito. Isto é, ou o acórdão defendia uma visão positivista, ou neoconstitucional, ou estava vinculado ao modelo de direito reflexivo, por exemplo.

Ao examinar, no entanto, os primeiros apontamentos feitos em relação às decisões, a questão inicial que norteava a pesquisa foi reorganizada, com o objetivo de melhor compreender os dados catalogados. Assim, o projeto inicial foi sendo esculpido, segundo o que a doutrina denomina de “estratégias da investigação qualitativa”. Ou seja, visto que o trabalho qualitativo depende do contexto, os métodos de pesquisa devem ser sempre examinados de forma minuciosa.¹¹⁷

Foi preciso, portanto, deixar de lado algumas pré-compreensões, visto que um dos principais diferenciais da pesquisa qualitativa é a sua pretensão de desvelar uma explicação social e não uma análise mecânica para a compreensão do mundo.

¹¹⁷ LUCENA, Maria Inêz Probest. **Razões e Realidades no modo como as professoras de inglês como língua estrangeira de escola pública avaliam seus alunos**. 2006. 185 f. Tese (Doutorado) - Curso de Letras, UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 63.

Ainda que a pretensão inicial – compreender o direito contemporâneo – não tenha sido modificada, a questão que serviria de base para a pesquisa, precisou passar por uma reforma. A questão inicial foi, então, reorganizada, da seguinte maneira:

Questões iniciais	Questões atuais
Qual é o paradigma dominante utilizado pelo STF no momento da aplicação da norma?	Quais são as características da prática decisória do STF?
Em que medida os Ministros do STF têm favorecido a desregulamentação dos direitos fundamentais inspirados pelo decisionismo?	Qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?

Salienta-se que a reformulação do projeto inicial não foi realizada de maneira singela. As alterações ocorreram a partir do momento em que se iniciou o processo de reflexão dos dados empíricos.¹¹⁸ Neste trabalho, este processo ocorreu após inúmeras leituras dos julgados na tentativa de agrupá-los naquilo em que pareciam semelhantes. Refletiu-se imensuravelmente sobre os acórdãos, revendo formas de diálogos entre a teoria utilizada nesta pesquisa e aquilo que emergia dos dados empíricos.

2.1.2 A coleta dos Acórdãos

Com a inquietação principal de ultrapassar a simples revisão bibliográfica e com o objetivo de ampliar o conhecimento da prática decisória do poder judiciário brasileiro, percebeu-se a necessidade de refletir sobre os julgamentos do STF.

¹¹⁸ Idem, p. 63-64.

Após a familiarização com o *site* do Tribunal (<http://www.stf.gov.br>), selecionaram-se dois Ministros e as decisões que eles elegeram como as mais significativas de sua carreira. Com a leitura desses acórdãos, tentou-se verificar conceitos, previamente selecionados, tais como: direito, norma, interpretação, responsabilidade, liberdade.¹¹⁹ No entanto, constatou-se que os magistrados, em sua grande maioria, não trabalhavam com definições conceituais e sim com os usos particulares das palavras. Dessa forma, a tarefa de descrever os conceitos acima, a partir do STF, seria difícil, bem como demandaria uma ampla pesquisa.

Logo após esta primeira dificuldade, utilizaram-se diversas ferramentas de busca no *site* do STF. Na seção “pesquisa de jurisprudência” os acórdãos foram pesquisados a partir das seguintes expressões: “direito social”, “direito econômico” e “interpretação constitucional”, com a utilização do operador “prox”, ou seja, um instrumento de pesquisa que ao ser colocado entre as expressões acima possibilitou que fossem delimitadas as distâncias entre as palavras. Dessa forma, foi possível encontrar decisões nas quais as expressões acima estavam uma ao lado da outra.

Como resultado deste processo de busca e do recorte temporal, isto é, acórdãos publicados no período de janeiro de 1990 a janeiro de 2007, somaram-se 85 documentos.¹²⁰ Foi necessário optar por apenas um recorte temático, tendo em vista alguns fatores como, por exemplo, o número elevado de documentos e o fato de que não seriam devidamente analisados.

Por fim, após muitas indagações, questionamentos e leituras dos julgados, decidiu-se pela temática “interpretação constitucional”, visto que estes documentos, a princípio, pareciam os mais apropriados para responderem as perguntas acima, o que totalizou em 27 documentos.¹²¹

Em momento posterior à catalogação e leituras, como também de releituras incansáveis desses julgados, aproximando documentos que pareciam semelhantes, persistia, no entanto, uma dúvida: quais dados empíricos seriam fundamentais para

¹¹⁹ Importante destacar que esta tarefa de recorte dos acórdãos foi realizada pelo grupo de estudo de filosofia do direito, sob a coordenação da Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, na qual todos os alunos realizaram buscas nos acórdãos, sendo que cada integrante responsabilizou-se por verificar decisões de um Ministro específico.

¹²⁰ O universo temporal justifica-se por se tratar de período posterior à Constituição Federal de 1988 e também pela implementação do projeto neoliberal no país.

¹²¹ Salienta-se que o STF não disponibiliza, em sua página da Internet, todos os seus julgados, assim, a seleção encontrada aqui é limitada pelos acórdãos publicados pelo Tribunal.

a pesquisa? A tarefa continuava árdua, pois na medida em que os julgados se tornavam mais familiares pareciam, também, indispensáveis para a composição do trabalho.

A impossibilidade de se analisar todas as situações que surgiam, visando a responder a pergunta: **qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória?** levou à seleção dos documentos nos quais ocorre o controle concentrado do Supremo¹²², o que totalizou em 8 julgados.

Com o objetivo de se traçar as principais características da prática decisória do STF, optou-se por trabalhar com os fragmentos catalogados de todos os acórdãos (27 documentos), ou seja, frases e parágrafos, completos ou não, que abordavam questões referentes à prática decisória do Supremo. Nesse momento do trabalho, foram interpretados os conceitos de primeira ordem¹²³ – o ponto de vista do STF. Conforme esclarece Lucena,

[...] é importante apontar a informação coletada no campo de pesquisa como conceitos de primeira ordem, que são descrições e interpretações feitas pelos participantes, [...] e conceitos de segunda ordem, que são noções e interpretações feitas pelo pesquisador para explicar os padrões observados nos dados.¹²⁴

¹²² Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 102, é da competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Bem como, entre as suas principais atribuições esta a função de processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da CF e o julgamento em recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Salienta-se que desde a Constituição de 1891 o STF possui competência para exercer o controle difuso. O controle concentrado de constitucionalidade somente surgiu em 1965, através da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro daquele ano. Além disso, de acordo com o regimento interno do Tribunal, capítulo II, intitulado “Da interpretação de lei”, tarefa que não possui previsão constitucional, cabe ao STF o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual para que este lhe fixe a interpretação. Após a publicação do acórdão no diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos. Conforme o “Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF2006.pdf>. Acesso em: 15 mar de 2007. O exame de constitucionalidade via controle concentrado é dado através: (i) da ação direta de inconstitucionalidade - ADI (por ação ou omissão); (ii) da ação declaratória de constitucionalidade – ADC, ambas regulamentadas pela Lei nº 9.868/1999; (iii) da representação interventiva e (iv) da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, portanto, do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, realizado por via de ação.

¹²³ LUCENA. Op. cit., p. 96.

¹²⁴ Idem., p. 96.

Nessa perspectiva, os votos dos Ministros do STF são considerados conceitos de primeira ordem, enquanto que a compreensão realizada pode ser considerada como conceitos de segunda ordem. Salienta-se que não foram impostas categorias fixas aos dados verificados, já que se optou por uma reflexão maleável.

Essa reflexão, portanto, não pode ser somente a perspectiva do pesquisador, bem como uma análise imposta pela doutrina. Ela considera, também, o ponto de vista dos participantes, ou seja, uma análise êmica.¹²⁵ Em outras palavras, procurou-se privilegiar a visão interna do observado, numa postura cultural, particular e analítica.

Assim, ao destacar a visão do STF pretende-se expor os fenômenos, o que admite demonstração e refutação, uma vez que se compreende o momento de denúncia como única forma de resistência.¹²⁶ Segundo Pierre-Henri Tavoillot: “É por tal razão que essa leitura mais complexa e menos unívoca não desemboca numa visão idílica de nosso presente. Este é e continua paradoxal, tanto para os participantes quanto para os intérpretes”.¹²⁷

Salienta-se que, seguindo um método interpretativo e qualitativo, procura-se, a partir da análise dos documentos selecionados, propor um quadro de análise que possibilite futuros questionamentos. A pretensão deste trabalho pode ser resumida nas seguintes palavras de Lipovetsky:

[...] se o conhecimento do que é não determina o que deveria ser, ele pelo menos pode contribuir para, sabendo do que se fala, superar certas polêmicas estereis e já assentes. Parece-me que, ao propor modelos interpretativos menos estereotipados, menos maniqueístas, mais complexos, eu participo, a meu modo, e modestamente, dos debates que a polis democrática exige.¹²⁸

Por fim, deve-se ter claro que nesta pesquisa privilegia-se a descrição dos dados empíricos, pois através deles é que são problematizadas as questões

¹²⁵ Idem, p. 92.

¹²⁶ TAVOILLOT, Pierre-Henri. Prefácio. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, p. 7-9., 2005. p. 8.

¹²⁷ Idem, p. 8.

¹²⁸ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, p. 108-109.

realizadas acima, bem como traçados os objetivos deste trabalho. Dessa forma, o que se pretende com os julgados é demonstrar que as decisões expressam a forma como a Constituição é interpretada pelo STF.

2.2 Um véu “pudico” oculta a decisão

Com o intuito de compreender qual o entendimento do STF acerca da sua atuação decisória, no sentido de descortinar qual a função do Supremo, ou seja, o que significa ser o “intérprete maior da Constituição Federal,”¹²⁹ a partir de uma perspectiva êmica, primeiramente, foram descritos os julgados que tratam de decisões nas quais o Judiciário exerce um controle abstrato da constitucionalidade das leis. Posteriormente, foram organizadas as passagens dos acórdãos, na qual havia referência, de alguma maneira, ao entendimento do Supremo quanto a sua atuação decisória.

Salienta-se que uma decisão judicial, em regra, encerra o que se pode chamar de juízo de subsunção, de uma norma geral ao fato. O julgador tem por função específica unir a norma jurídica abstrata e o caso concreto.

Muito embora pareça se tratar, a princípio, de um procedimento meramente mecânico, a compreensão de que a decisão resulta de um silogismo corresponde a uma simplificação da realidade, já que, ao decidir, o juiz pode formar seu convencimento “*a priori*”. As decisões judiciais, portanto, não possuem a lei como barreira intransponível. Os enunciados normativos são interpretados segundo o contexto histórico, cultural e social, bem como a partir da história de vida de cada agente envolvido. Por outro lado, não se pode esquecer que de acordo com o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal todo o julgador deve motivar sua decisão. A obrigatoriedade da fundamentação é uma garantia processual.¹³⁰

¹²⁹ Expressão retirada de um acórdão.

¹³⁰ Artigo 93 da Constituição Federal. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios: [...] - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]; BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22 ago.2007.

Dessa forma, o direito é uma “maneira distinta de imaginar o real”, sendo que a dicotomia entre fato e lei, isto é, a subsunção pode ser compreendida como uma estrada de mão dupla, na qual trafegam a língua do “se-assim” dos enunciados normativos, juntamente com a do “então-portanto”, do caso concreto, o que irá resultar em diferentes sensibilidades jurídicas.¹³¹

A partir do momento em que se coloca a barreira simbólica entre o jurídico e o não jurídico, a instituição jurisdicional irá analisar o fato já digerido, no sentido de que este será reinterpretado a partir de uma tradução do que já ocorreu. Estes fatos, segundo Geertz, são “construídos socialmente por todos os elementos jurídicos.”¹³²

Assim, quando alguém ingressa com uma ação no Poder Judiciário o seu representante já irá fazer uma tradução do que ocorreu. Após, o fato sofre uma nova tradução, para poder ingressar no mundo jurídico a partir da instituição judiciária que, por sua vez, irá analisá-lo segundo a sua visão, ou seja, segundo o local e o contexto histórico, quando a lei assim permitir. Nesse sentido, um sistema jurídico é viável quando possui a capacidade de

[...] unir a estrutura “se-então” da existência, em sua visão local, com os eventos que compõe o “como-portanto” da experiência também segundo a percepção local, dando a impressão de que essas duas descrições são apenas versões diferentes da mesma coisa, uma mais profunda, a outra mais superficial.¹³³

No entanto, é preciso ir além deste conhecimento local, dito de outra forma, é necessária uma reflexão que possa clarificar as nuances que são apreendidas nos julgados. Nesse sentido, a pretensão desta pesquisa é salientar a forma pela qual o STF: “traduz a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão,”¹³⁴ visando a compreensão da sua prática decisória.

A análise qualitativa do controle concentrado do STF foi realizada com base em quatro critérios. No primeiro – “Relatório” – expõem-se as principais características constitucionais do julgado; no segundo – “argumentação do Tribunal” –, descrevem-se os argumentos fundamentais utilizados para a decisão, bem como

¹³¹ GEERTZ, **Saber local...** p. 261.

¹³² Idem, p. 258.

¹³³ Ibidem, p. 261.

¹³⁴ Ibidem, p. 260.

identificam-se as questões que podem ser levantadas a partir das decisões; no terceiro critério - “entendimento a respeito da atuação decisória do STF” –, aponta-se a compreensão do Ministro acerca do papel do STF; no quarto e último – “compreensão das narrativas” –, problematizam-se as narrativas dos Ministros, apontadas no critério anterior, a fim de descortinar qual o entendimento do STF quanto a sua prática decisória.

Em relação ao terceiro item, salienta-se que, hipoteticamente, ao serem manejados estes documentos, uma questão foi lançada aos Ministros: qual o seu entendimento a respeito da atuação decisória do Tribunal? Dessa forma, são apontados os fragmentos referentes à prática decisória do STF, apenas dos Ministros que de alguma maneira “responderam” a esta questão. Por isso, não são todos os Ministros que participaram do julgado que são citados, nem será em todos os documentos que este critério aparecerá, visto que alguns não se pronunciaram a respeito do papel do Supremo.

Muito embora se busque o entendimento do STF a respeito da sua atuação decisória, são descritos os votos dos Ministros no desenvolvimento dos julgados, já que estas decisões não são formadas por um único parecer, mas por votos individuais.

Por fim, salienta-se que não é a pretensão do presente trabalho julgar a decisão do Tribunal. O que se pretende é compreender como a Constituição é interpretada pelo STF.

2.3 Análise Qualitativa das Decisões de Controle de Constitucionalidade Concentrado

2.3.1. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2010

Julgamento: 30/09/1999

Relator: Celso de Mello

Relatório

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com medida cautelar ajuizada na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2010, na qual se pediu a declaração da inconstitucionalidade da lei n.º 9.783 de 28/01/99, que trata da contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e demais pensionistas dos três poderes do Estado.¹³⁵

Os autores da ação alegam que a referida lei está em desacordo com os artigos da Constituição Federal: artigo 67 (princípio da irrepetibilidade de projetos rejeitados na mesma sessão legislativa), artigos 149 e 146, III (exigência de lei complementar na instituição e majoração da contribuição da seguridade social), artigo 150, IV (transgressão da norma que proíbe tributo com efeito confiscatório); artigo 195, § 5º (ofensa ao princípio do equilíbrio atuarial); artigo 37, XV e 194 IV (violação da cláusula de irredutibilidade de vencimentos e proventos); artigo 5.º, caput, e 150 (inconstitucionalidade da estrutura progressiva das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social); artigo 40, §12, com o artigo 195, II (ilegitimidade constitucional da instituição da contribuição de seguridade social sobre aposentados e pensionistas); e artigo 5º, XXXVI (desrespeito ao direito adquirido).

A medida cautelar foi proposta visando à suspensão da eficácia da lei, ora impugnada.

O Ministro Relator decidiu pelo deferimento da medida cautelar. Os demais Ministros acompanharam o seu voto no deferimento da ação, para suspender a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. O Tribunal por maioria, com a exceção dos Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, também deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia do artigo 2.º e seu parágrafo único da lei 9.783/99 e, por unanimidade, para suspender a eficácia do artigo 3º e seu parágrafo único da referida lei.

Argumentação do Tribunal

Nesta ação, uma das discussões principais diz respeito à irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos. Nesse sentido, o Supremo descreve que a

¹³⁵ Lei 9.783, artigo 1.º. A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social de seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provendo ou da pensão. [...] BRASIL. **LEI 9.783 de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Leis/L9783.htm. Acesso em 22 ago.2007.

Constituição Federal tem o condão de disciplinar o exercício do poder impositivo estatal, devendo este, portanto, subordinar-se aos limites impostos pela Carta.

A Constituição da República, ao disciplinar o exercício do poder impositivo do Estado, subordinou-o a limites **insuperáveis, em ordem a impedir** que fossem praticados, em detrimento do patrimônio privado e das atividades particulares e profissionais lícitas, **excessos** que culminassem por comprometer, de maneira arbitrária, o desempenho regular de direitos que o sistema constitucional **reconhece e protege**.¹³⁶

Há o entendimento de que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos não é absoluta. Embora o artigo 37, XV¹³⁷, descreva o contrário, para o Ministro Celso de Mello.

Em suma: a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade **não se reveste de caráter absoluto**. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos [...] a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade das contribuições para seguridade social [...].¹³⁸

Por outro lado, em relação aos aposentados há entendimento diverso. Nesse sentido, são os argumentos do Ministro Maurício Corrêa, para quem aos aposentados não deve incidir nova lei que venha a tirar-lhe substancial valor de seus proventos.¹³⁹ Corrobora com este entendimento a interpretação do Ministro Carlos Velloso para quem: “A conclusão, pois, é que não há autorização constitucional para a cobrança de contribuição de seguridade social dos servidores aposentados e dos pensionistas.”¹⁴⁰

¹³⁶ MC-ADIN 2010, Celso de Mello, fls. 78, grifos do original.

¹³⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. In: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal**. Op. cit.,

¹³⁸ MC – ADIN 2010, fls. 67.

¹³⁹ Idem, fls. 106.

¹⁴⁰ Idem, fls. 126.

Nota-se, que o entendimento majoritário deu-se no sentido de afastar o aumento da contribuição sobre os vencimentos dos servidores aposentados e dos pensionistas, em relação aos ativos a nova contribuição foi considerada constitucional.

No que diz respeito à possibilidade de diferenciação de alíquotas, para a incidência da contribuição previdenciária, o Ministro Néri da Silveira declara que se deve ter claro que a Constituição não faz referência à possibilidade de diferenciação. Dessa forma, não há dúvida de que as contribuições se fazem diferenciadas tendo em vista que a base da contribuição depende dos vencimentos do servidor, para o Ministro: “Isso corresponde, exatamente, ao espírito da Constituição, já agora limitado ao âmbito dos servidores públicos, em que se prevê estar [...]”¹⁴¹

Ministro Moreira Alves, ao fazer menção à defasagem dos vencimentos dos servidores públicos, salienta que argumentos de ordem econômica não podem ser utilizados para julgamentos neste Tribunal.

Deixo de lado a questão de não haver, aproximadamente há cinco anos, reajuste de vencimentos, até porque argumentos de natureza meramente econômica não podem ser usados, por via de regra, para julgamento em ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴²

O Ministro Marco Aurélio sustenta que não há na CF justificativa para a majoração da citada contribuição. Para o Ministro, só há justificativas que tratam da política governamental do momento,

[...] tendo em conta até mesmo compromissos internacionais, compromisso assumido com o FMI, e, aí, vejo o quanto a soberania é fluída, dependendo, portanto, de questões econômica e financeiras.¹⁴³

Prossegue o magistrado descrevendo que para ele a CF deve ser interpretada segundo o seu sentido literal e técnico, visando à busca de seus objetivos.

¹⁴¹ Idem, fls. 154.

¹⁴² Idem, p. 157.

¹⁴³ Idem, fls. 144.

[...] Não posso colocar em plano secundário o sentido vernacular e o sentido técnico das palavras contidas na Carta, sob pena, então, de abandonar a busca do real objetivo dos preceitos nela inseridos. [...]¹⁴⁴

Por outro lado, para o Ministro Carlos Velloso há conceitos indeterminados, devendo nestes casos o magistrado definir-lhe a abrangência: “Qual seria o conceito de “tributo com efeito de confisco”? O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de “área cinzenta”.¹⁴⁵

Inicialmente, percebe-se a utilização de uma argumentação em favor do sentido literal dos enunciados normativos da CF, no entanto, há ressalvas visto que há enunciados normativos indeterminados, momento em que o magistrado é quem deverá fixar-lhe o conceito. Salienta-se, porém, que neste julgado não há a definição do que sejam os conceitos discutidos, nem a forma como deveria o magistrado fixar-lhes os conceitos.

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

<p>Celso de Mello</p>	<p>[...] Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informa o nosso sistema de direito constitucional positivo. [...] [fls. 87]</p> <p>O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esse argumento de ordem política [...] (fls. 88)</p> <p>Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. [...] (fls. 89).</p> <p>A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, por isso mesmo, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. (fls. 90.)</p> <p>O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte, não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. (fls. 90, grifei).</p> <p>O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e</p>
------------------------------	--

¹⁴⁴ Idem, fls. 145.

¹⁴⁵ Idem, fls. 163.

	jurídico-institucional. (89/90)
Sepúlveda Pertence	<p>[...] não quero comprometer-me com dogmas hermenêuticos tradicionais, qual o de que uma norma restritiva de poder se interpreta estritamente, quando isso possa servir de cobertura à fraude política à Constituição. A Constituição, para mim é, sobretudo, regra do jogo político, que não pode ser contornada pelo abuso de dogmas hermenêuticos clássicos. [fls. 96, grifei]</p> <p>[...] dou prevalência ao compromisso, particularmente deste Tribunal, com a efetividade da Constituição – e com a efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, a finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes. [fls.94]</p>
Maurício Corrêa	<p>[...] a maioria dos servidores públicos não recebe um centavo de aumento há aproximadamente cinco anos, a não ser algumas categorias que o Governo tem prestigiado, como a Receita, a Polícia Federal e alguns outros setores [...] [fls. 136/137].</p> <p>Com essa avaliação não estou dando nenhuma conotação política ao voto, mas enfatizando que o conjunto das medidas fiscais infligidas ao servidor tem sentido confiscatório. [137]</p>
Marco Aurélio	<p>[...] atuação indepedente, espontânea que se exige dos magistrados [...] [fls. 109.]</p> <p>[...] precisamos evoluir, para tirar da Carta a maior eficácia possível. Qual o objetivo da norma, Excelência? [160]</p>

Compreensão das narrativas

A partir das narrativas acima se pode verificar um indício em afastar as influências políticas e econômicas das decisões dos Ministros. Dessa forma, o texto constitucional não pode ser interpretado para algum fim específico.

Para o STF o seu papel é o de Guardião da Constituição, devendo, pois, garantir a integridade do sistema político, proteger a estabilidade do ordenamento jurídico, bem como a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República; visto que o Poder Judiciário é um poder independente e tem consciência da sua alta responsabilidade.

Muito embora as narrativas acima descrevam um comprometimento com a Constituição Federal, note-se que o Supremo deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia das expressões “e inativo e dos pensionistas” do artigo 1.º da Lei 9.783/99, bem como o § único do artigo 2.º e do artigo 3.º. Ou seja, em relação aos demais servidores não foi deferido o pedido de suspensão de eficácia da referida lei.

Salienta-se que, em 13/06/2002 em questão de ordem n.º 2010 a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada parcialmente prejudicada, tendo em vista a perda superveniente de seu objeto, resultante da edição da lei 9.998/2000 que em seu artigo 7.º expressamente revogou o artigo 2.º da lei 9.983/99.

Verificou-se que o cerne da questão não era o referido artigo, e sim a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos ativos e inativos, no entanto o STF julgou a ação prejudicada por perda de objeto. Este mesmo Tribunal que se diz extremamente vinculado à “a efetividade da Constituição contra a fraude que esvazie o seu conteúdo, a finalidade de suas normas, pelo uso de artifícios de qualquer sorte, por qualquer dos Poderes.”¹⁴⁶

Dessa forma, pode-se dizer que as descrições acima, que evidenciam o “grandioso” papel do Tribunal, comprometido com a eficácia da Constituição, expressam um exercício de retórica. Em outras palavras, as descrições em nenhum momento expõem a forma como a norma específica deveria ser interpretada.

Enfim, uma característica interessante deste julgado é o fato de que há o entendimento, em tese, do Tribunal, de que sua atuação decisória é caracterizada pela nobre função da garantia da integridade da ordem constitucional, bem como pelo afastamento de leituras, que possam esvaziar o sentido da CF. No entanto, após essas descrições que enaltecem a função deste Tribunal, a ação foi julgada prejudicada por uma questão meramente formal.

2.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2047

Julgamento: 03/11/1999

Relator: Ilmar Galvão

Relatório

A ação foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil, no qual questiona a constitucionalidade das modificações introduzidas no texto constitucional através da emenda n.º 19/89, na qual modifica os §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 41; §§ 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do art. 169, e o art. 247 todos da Constituição Federal.

¹⁴⁶ MC-ADI 2010, fls. 94.

Sustenta o autor que a interpretação literal dos referidos artigos poderá levar às conclusões nas quais incidirão as novas regras sob os servidores públicos estáveis, até 4 de junho de 1998. Assim, os enunciados normativos devem ser interpretados conforme a Constituição.

O Tribunal por unanimidade não conheceu da ação.

Argumentação do Tribunal

Para o Tribunal, a EC não irá produzir efeitos retroativos, visto que não possui expressão nenhuma nesse sentido. Dessa forma, para o Supremo o autor, por meio desta ação, pretendeu consultar o STF a respeito da sua interpretação. Assim, o entendimento do Tribunal é que a presente ação não é adequada para este fim.

2.3.3 e 2.3.4 Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 2626 apensada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2628

Data do julgamento: 18/04/2002

Relator: Sydney Sanches

Relator para o Acórdão: Ellen Gracie

Relatório

A ação n.º 2626 foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista brasileiro, apensada a ação de n.º 26283 proposta pelo Partido da Frente Liberal, na qual requereram a inconstitucionalidade do § 1.º, do artigo 4.º da Instrução n.º 55, Classe 12ª, aprovada pela Resolução n.º 20.993, do Tribunal Superior Eleitoral¹⁴⁷, por violação do disposto nos artigos 5º, incisos II e LIV; 16; 17; § 1.º; 22, inciso I; e 48, caput, todos da Constituição da República. A presente ação questiona a constitucionalidade da chamada coligação partidária.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Segundo o artigo 23, inciso IX do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965): Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...]IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; In: Brasil. **Lei 4.737 DE 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

¹⁴⁸ Norma impugnada: Artigo 4º. É facultado aos Partidos Políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário. (Lei n.º 9.504/97, art. 6.º, caput). § 1.º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de Presidente da República não poderá formar coligações para eleições de governador/ a de Estado ou do Distrito

Inicialmente, o dispositivo havia sido impugnado como consequência da consulta realizada junto ao parlamento, para esclarecer o disciplinamento das coligações, tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu artigo 6.º. Dessa forma, a controvérsia principal reside em saber se a instrução do Superior Tribunal Eleitoral se trata de ato interpretativo ou normativo. Ou seja, saber se a interpretação realizada pelo TSE extrapolou os limites da norma que visava integrar.¹⁴⁹

Requereram os autores a declaração da inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 4.º, da Instrução n.º 55, Classe 12ª aprovada pelo TSE n.º 20.993/2002; ou caso não houvesse este entendimento pelo STF, solicitaram alternativamente, a procedência em parte da ação, para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da referida norma, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição para que seja aplicada somente nos termos do art. 16 da Constituição da República, isto é, para as próximas eleições.¹⁵⁰

O Tribunal por maioria não conheceu do pedido formulado, vencidos os Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

Federal, senador/ a, deputado/ a federal e deputado/ a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/ a à eleição presidencial (Lei n.º 9.504/97, art. 6.º, Consulta nº 715, de 26.2.02).In: BRASIL. **LEI 9.504 de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em 22 ago.2007

¹⁴⁹ Idem. Segundo o Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário. § 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários. § 2º Na propaganda para eleição majoritária, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram; na propaganda para eleição proporcional, cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação. § 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas: I - na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante; II - o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III; III - os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral; IV - a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até: a) três delegados perante o Juízo Eleitoral; b) quatro delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral; c) cinco delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁵⁰ Art. 16 da CF. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. In: BRASIL. **Brasil. Constituição Federal**. Op. cit.,

Argumentos do Tribunal

Ao analisar o mérito da ação, o Ministro Sydney Sanches conclui que o TSE, ao baixar a referida instrução, conseqüentemente introduziu nova norma ao ordenamento jurídico, dessa forma violou os artigos 22, inciso I, 48, caput,¹⁵¹ e 16 todos da Constituição Federal.¹⁵²

Para fundamentar sua decisão, o Ministro Sydney Sanches menciona que o Presidente da República, segundo a imprensa, havia declarado: “começou a reforma política no Brasil.”¹⁵³

Reforma, que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional – e não no Tribunal Superior Eleitoral – por mais respeitável e respeitada que seja aquela Corte, que todos os Juízes desta Casa integraram ou integram, oito dos quais seus ex-Presidentes. E que, portanto, por ela nutrem a maior consideração.¹⁵⁴

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, salientou que a instrução do TSE, objeto desta ação, não trata de ato normativo, mas sim de ato interpretativo.¹⁵⁵ A ministra não enfrenta o mérito da causa e não conhece da ação, analisando apenas a matéria formal.

[...] Cuida-se da interpretação a ser dada ao art. 6.º da Lei 9.504/97. Logo, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os lindes da norma que visava integrar, exigirá necessariamente o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado de constitucionalidade o controle de legalidade do poder regulamentar. [...]¹⁵⁶

¹⁵¹ Idem. Art. 22 da CF. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

¹⁵² ADI 2628, fls. 46.

¹⁵³ Idem, fls. 46, grifos no original.

¹⁵⁴ Idem, fls. 46.

¹⁵⁵ Idem, fls. 57.

¹⁵⁶ Idem, fls. 58.

Nessa senda é o voto do Ministro Nelson Jobim, segundo o qual a instrução do TSE trata tão somente de interpretação do artigo 6.º da referida lei e não ato normativo.¹⁵⁷ Para fundamentar sua decisão o Ministro descreve, em mais de 20 páginas, outras decisões do Supremo, para concluir que: “O TSE fez o que tinha de fazer e nos limites do que podia fazer: responder à consulta com base na lei Eleitoral.”¹⁵⁸ Por fim, o Ministro não conhece da ação.

Por outro lado, para o Ministro Ilmar Galvão, a citada instrução do TSE modificou o processo eleitoral através de sua interpretação.

A instrução normativa do TSE, ao instruir a vinculação das coligações formadas na circunscrição dos Estados à que se houver formado para a eleição de Presidente da República, desenganadamente exorbitou de seus limites, inovando na ordem jurídica eleitoral, ofendendo, em consequência, o princípio da legalidade.¹⁵⁹

Há o entendimento de que a interpretação do TSE criou nova norma, dessa forma deve ser afastada esta instrução.

O Ministro Carlos Velloso em seu voto faz referência direta à obra de Kelsen, pretendendo justificar o seu entendimento no sentido de que a instrução, n.º 55 do TSE, é um ato normativo secundário, ou seja, ato regulamentar, que decorre de um ato normativo primário.¹⁶⁰

[...] considerando que estamos diante de um ato normativo secundário, não há como conhecer da ação. E não há falar, como li numa ou noutra publicação, hoje ou ontem, que uma decisão desse tipo representaria estar o Supremo Tribunal Federal lavando as suas mãos, tal qual Pilatos. Aqui, na verdade, ou se conhece da ação, ou não. Para conhecê-la, teremos de mudar a jurisprudência da Casa e não estou disposto a fazê-lo, porque ela se assenta, na verdade, em fundamentos científicos.¹⁶¹

¹⁵⁷ Idem, fls. 83.

¹⁵⁸ Idem, fls. 89.

¹⁵⁹ Idem, fls. 98.

¹⁶⁰ Idem, fls. 110/111.

¹⁶¹ Idem, fls. 113.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello compreende que tendo em vista ser prerrogativa do Poder Judiciário definir os enunciados normativos, além de constituir, segundo ele: “domínio natural” da função dos magistrados e Tribunais, trata-se de: “função jurídica, cujo legítimo exercício foi atribuído aos órgãos do Poder Judiciário.”¹⁶² Salienta ainda que: “**Não se pode desconhecer** que, no **poder** de interpretar o ordenamento jurídico, **reside** a magna prerrogativa judicial **de estabelecer** o alcance **e** de definir o sentido da vontade normativa proclamada pelo Estado.”¹⁶³

Prossegue o Ministro em sua fundamentação, salientando que não há norma jurídica, se não norma interpretada. A tarefa de interpretá-la cabe tão somente ao Poder Judiciário, dessa forma é passível que este modifique o ordenamento jurídico por meio de suas interpretações, através de sua própria pré-compreensão do texto legal.¹⁶⁴ Destaca ainda o Ministro que nos casos em que a exegese da lei é que contraria a Constituição, trata-se de “crise de legalidade” e não de inconstitucionalidade, assim não há que se falar em controle pelo Supremo.¹⁶⁵

Contrariamente, é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, para quem a instrução do TSE trata de ato normativo, ou seja, segundo o Ministro: “trata-se de norma de decisão e não apenas de decisão sobre normas.”¹⁶⁶

Juiz, pelo sistema brasileiro, simultaneamente do TSE e do Supremo, cabe-me, hoje, vestir a capa de juiz do Supremo e assumir responsabilidade, que ela traz, de errar por último, embora, a essa altura, sem conseqüências.¹⁶⁷

Segundo a previsão legal, contida no artigo 16 da CF, a lei que alterar o processo eleitoral somente será aplicada às eleições após um ano da data de sua vigência. A norma refere-se à lei, ainda que não tenha havido concordância entre os Ministros se o ato do TSE deve ser considerado ato interpretativo, ou norma secundária, em ambos os casos a instrução não deveria ser aplicada às próximas eleições que ocorressem até um ano da data de sua vigência, tendo em vista a CF.

¹⁶² Idem, fls. 115.

¹⁶³ Idem, fls. 116. Grifos do original.

¹⁶⁴ Idem, fls. 116-117.

¹⁶⁵ Idem, fls. 119.

¹⁶⁶ Idem, fls. 125.

¹⁶⁷ Idem, fls. 127.

Ainda que a instrução normativa do TSE tenha modificado as eleições seguintes, contrariando o artigo 16 da Constituição Federal, o entendimento majoritário do Tribunal foi no sentido de que a referida interpretação não modificou o processo eleitoral. Portanto, pode-se dizer que para o Supremo o TSE possui a prerrogativa de modificar o processo eleitoral, através de suas interpretações.

No entanto, para o STF não cabe o seu julgamento em questões relativas ao controle de legalidade do poder regulamentar do TSE. Cita várias outras decisões no mesmo sentido. Além disso, argumenta o Tribunal que não há menção na Constituição Federal, sobre as coligações partidárias. Dessa forma, não há como decidir a ação, pois não há ofensa a Constituição.

O STF não conhece da ação, por maioria, vencidos os Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

<p>Celso de Mello</p>	<p>O processo de definição do texto constitucional e do ordenamento jurídico em geral traduz prerrogativa de poder inerente ao Judiciário, além de constituir o domínio natural de atuação dos juízes e Tribunais. Trata-se de função jurídica, cujo legítimo exercício foi atribuído aos órgãos do Poder Judiciário, no contexto de um sistema que consagra o princípio da separação de poderes. [fls. 115, grifos do original]</p> <p>Não se pode desconhecer que, no poder de interpretar o ordenamento jurídico, reside a magna prerrogativa judicial de estabelecer o alcance e de definir o sentido da vontade normativa proclamada pelo Estado. [fls. 116, grifos do original]</p> <p>[...] a função de interpretar as leis – cuja prática não faz instaurar situação de normatividade – revela-se prerrogativa essencial daqueles que as aplicam, incumbindo, ao Poder Judiciário, por efeito das próprias funções institucionais que lhe competem, o exercício dessa atribuição de ordem jurídica. [fls. 116, grifos do original]</p> <p>A norma jurídica – todos o sabemos – nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação. [fls. 116, grifos do original]</p>
<p>Sepúlveda Pertence</p>	<p>Juiz, pelo sistema brasileiro, simultaneamente do TSE e do Supremo, cabe-me, hoje, vestir a capa de juiz do Supremo e assumir responsabilidade, que ela traz, de errar por último, embora, a essa altura, sem conseqüências. [fls. 127]</p> <p>[...] adotamos, por nos sentarmos neste Tribunal, a saudável mania da Constituição. [fls. 136, grifei]</p>

Marco Aurélio	Estamos diante de um desafio constitucional para se ter como a prevalecer a lei que a todos submete, a Constituição da República, evitando-se que o Judiciário, quer no campo administrativo, quer no jurisdicional, acabe sendo uma caixa de surpresas. [fls. 152]
----------------------	--

Compreensão das narrativas

A predominância das narrativas dá-se no sentido de que cabe ao Poder Judiciário interpretar os enunciados normativos, que por sua vez devem ser definidos e estabelecidos através das decisões judiciais. Dessa forma, para o Tribunal não há norma jurídica senão norma interpretada, cabendo ao magistrado definir-lhe o seu sentido.

Salienta-se, ainda, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence ao descrever que cabe ao Tribunal errar por último, devendo assumir esta responsabilidade. No entanto, o Ministro não descreve de que forma é estabelecida a responsabilidade desta Corte.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio – ao fundamentar sua decisão em afastar a interpretação do TSE, visto que para ele esta veio a modificar o ordenamento jurídico – utiliza como argumento a difícil tarefa de manter a integridade da Constituição, pretendendo que o judiciário não se torne imprevisível, mas também não descreve de que forma isso poderia ocorrer.

2.3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797

Julgamento: 15/09/2005

Relator: Sepúlveda Pertence

Relatório

A ação foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, na qual requereram a declaração de inconstitucionalidade da lei

10.628/2002 que acrescentou o parágrafo primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal.¹⁶⁸

Segundo dispõe a referida lei o foro especial por prerrogativa de função foi ampliado, a momento posterior à cessação da investidura na função. Em outras palavras, mesmo não estando mais na função o foro especial para os parlamentares ficara ampliado.

A autora invoca decisão do Supremo, na qual havia cancelado a súmula 394,¹⁶⁹ para afastar o suposto privilégio concedido aos ex-parlamentares.

O Ministro Relator julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/2002, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros a exceção de Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

Argumentação do Tribunal

Neste julgado, discute-se se poderia a lei ordinária contrariar a interpretação do STF. Percebe-se uma forte tensão entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Apreende-se dos votos dos Ministros, que o Judiciário, em tese, está acima do legislador.

A súmula 394 – na qual prorrogava a competência do Tribunal, ainda que o parlamentar não estivesse mais exercendo o cargo – foi publicada em 08/05/1964, sob a égide de outra Constituição. Ocorre que esta súmula manteve-se até 1999, ou seja, era aplicada ainda que a Constituição atual não prorrogasse expressamente a competência.

A mesma foi cancelada por decisão tomada pelo Supremo no Inquérito n.º 687-QO, em 25.08.97, no qual os fundamentos a lei nova contraria. Há, portanto,

¹⁶⁸ Artigo 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para proceder e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. In: Brasil. **Decreto-lei n.º 2.848, de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso: ago. 2007.

¹⁶⁹ Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

uma divergência em relação à nova lei ordinária e a decisão do STF no citado inquérito.

Há contradições aparentes no posicionamento do Supremo, visto que neste momento alega que as competências civil ou criminal dos tribunais são somente aquelas previstas expressamente na Constituição. Nesse sentido, é o apontamento do Ministro: “O que se impugna, no caso, é a declaração por lei de competência originária não prevista na Constituição.”¹⁷⁰

Salienta-se que a competência havia sido prorrogada pelo próprio Supremo, com a edição da súmula 394. Dessa forma, houve uma mudança no entendimento do Tribunal acerca da prorrogação da competência por prerrogativa de função.

Para esta Corte sua interpretação ocorre de forma “direta e exclusiva da Constituição Federal”, não podendo, portanto, o legislador impor uma interpretação diversa da Constituição. Assim, a questão é de inconstitucionalidade formal, visto que a lei nova pretende interpretar a Constituição de forma contrária àquela realizada pelo STF, que nas suas próprias palavras trata-se do “guarda da Constituição”.

O seu entendimento é que não pode a lei ordinária contrariar a sua interpretação. Já que, do contrário, a Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja,

Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia-, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.¹⁷¹

A interpretação dada pelo Supremo a Constituição Federal “[...] expressa a norma de decisão”. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau coloca a questão: “seremos

¹⁷⁰ ADI 2797, fls. 40.

¹⁷¹ ADI 2797, fls. 37.

nós, os juízes em geral, os únicos intérpretes autênticos, no sentido de Kelsen, da Constituição?¹⁷²

Para o Supremo há dois intérpretes autênticos da Constituição, os magistrados de uma forma geral e os seus Ministros, que realizam o controle direto da constitucionalidade das demais normas. A interpretação do STF é realizada por intérpretes autênticos, assim, somente estas criam direito.

Vê-se para logo coexistirem, entre nós, no mínimo dois intérpretes autênticos da Constituição. Um, aquele que opera o seu controle difuso – os outros juízes e os juízes desta Corte. Outro, aquele que opera o controle direto da constitucionalidade, nós.¹⁷³

Aqui, há uma expressa adesão a teoria positivista do direito, influência de Kelsen, visto que, para este autor, os magistrados são os intérpretes autênticos das normas constitucionais. Segundo esta concepção, quando o juiz interpreta produz uma norma. Esta tem a capacidade de vincular o ordenamento jurídico como os demais enunciados normativos.

Partindo do texto da norma [e dos fatos], o intérprete autêntico, no sentido de KELSEN, alcança a norma jurídica, para então caminhar até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. **Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados.** A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é **definida a norma de decisão**, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem.[...] ¹⁷⁴

Conforme a compreensão do Supremo, o magistrado ao solucionar uma determinada lide estabelece um diálogo entre a norma jurídica e o fato, para então concretizar o direito através de uma norma de decisão. Dessa forma, interpretar a

¹⁷² Idem, p. 48.

¹⁷³ Adi 2797, fls.48.

¹⁷⁴ Adi 2797, fls. 47, grifei

constituição é concretizá-la, já que “inexiste interpretação do direito sem concretização.”¹⁷⁵

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

<p>Sepúlveda Pertence</p>	<p>[...] as decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos [...]. [fls.27]</p> <p>A jurisdição constitucional na democracia – e a afirmação tem hoje a força do óbvio – é um poder contra-majoritário: incumbe-lhe impor à maioria política da conjuntura as regras constitucionais do jogo político e as limitações substanciais da Constituição ao conteúdo das decisões legislativas e administrativas. [fls.37]</p> <p>Quando, ao contrário, a lei ordinária (ou o ato de governo) é que pretendem inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, não pode demitir-se este do seu poder-dever de opor o seu veto à usurpação do seu papel. [fls.37, grifei]</p> <p>[...] me parece um imperativo da sustentação do papel do Tribunal, “guarda da Constituição”. [fls.37]</p>
<p>Eros Grau</p>	<p>O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos. [fls.46]</p> <p>Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [=compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [=interpretamos] os fatos. [fls.46]</p> <p>A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. [fls.46]</p> <p>Isso se dá no bojo do controle difuso de constitucionalidade. O juiz apura a constitucionalidade da <i>norma</i> e, em seguida, decide um determinado caso a partir da consideração da <i>norma jurídica geral</i> --- não apenas do <i>texto</i>, pois. Isso é interpretar/aplicar o direito. [fls.47]</p> <p>Algo diverso ocorre quando esta Corte, na ação direta, declara a inconstitucionalidade do <i>texto</i>. <i>Texto</i>, note-se bem. Então apenas <i>interpretamos</i>, vale dizer, não <i>aplicamos</i> o direito, não obstante possamos decidir afirmando que o texto será compatível com a Constituição se for interpretado de um determinado modo, mas não - isto é, será <i>inconstitucional</i> - se for interpretado de outro modo (aí a “interpretação conforme a Constituição”, que supõe uma outra interpretação, esta “não conforme a Constituição”). [fls.47/48]</p>
<p>Carlos Britto</p>	<p>[...] sabemos ser regra elementar de hermenêutica que quando há uma colisão, uma fricção empírica de valores constitucionais, o intérprete deve optar por aquela saída que melhor prestigie os princípios de superior hierarquia constitucional. [...] (98)</p>
<p>Gilmar Mendes</p>	<p>É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa da guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma sociedade aberta de intérpretes (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. [...] [fls.116]</p>

¹⁷⁵ Idem.

	Esta Corte, portanto, jamais pode olvidar que a tarefa de interpretar a Constituição é inafastável da abertura procedimental . Essa constatação [...], ao meu entender, é crucial para que o papel institucional do Supremo Tribunal Federal esteja aberto não somente às mudanças legislativas, mas sobretudo, ao modo pelo qual essa legislação deve ser interpretada à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais.[fls.120]
Carlos Veloso	O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.[...] O § 1º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição . É que a revogação da Súmula 394, pelo Supremo, se fez mediante interpretação da Constituição pelo seu guardião-maior . É dizer, o Supremo Tribunal, ao revogar a Súmula 394, decidiu que a Constituição não admite foro por prerrogativa de função para quem não está mais na função.[fls.189/190]
Celso de Mello	Menos viável , ainda, revelar-se-á tal possibilidade, se se considerar que a interpretação consubstanciada na Lei nº 10.628/2002 afeta exegese que o Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guardião da Lei Fundamental , deu ao próprio texto da Carta Política.[212]

Compreensão das narrativas

Destaca-se que neste julgado há referência às obras de Kelsen, autor considerado positivista, e em outras passagens há referência a Haberle, autor do paradigma neoconstitucional. Além disso, há momentos em que se descreve que a interpretação constitucional deve permitir a abertura procedimental, ou seja, o subsistema direito deve estar aberto às novas interpretações legislativas, bem como às mudanças sociais, históricas e culturais. Aqui, se extrai algumas características do direito reflexivo.

Em suma não há como catalogar o julgado acima em algum paradigma do direito, citado no primeiro capítulo. O que se percebe são características de todos os modelos descritos anteriormente.

Outra característica, comum neste acórdão, é o fato de que para os Ministros do STF a sua interpretação é que cria direito, ou seja, possui a capacidade de alterar o ordenamento jurídico. Tal descrição é compatível com o controle de constitucionalidade, já que ao Tribunal é conferida a função de declarar a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade das normas.

No entanto, para o STF o legislador não está autorizado a editar leis que contrariem a sua interpretação. Assim, é colocado o entendimento de que o

Supremo está acima dos demais poderes, na função de dizer qual o significado das normas constitucionais; bem como que suas interpretações são a própria Constituição.

2.3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3045

Julgamento: 10/08/2005

Relator: Celso de Mello

A ação foi proposta pelo Partido democrático trabalhista, na qual requereu a declaração parcial de inconstitucionalidade do artigo 59 “caput” e de seu parágrafo¹⁷⁶, do novo Código Civil brasileiro, pretendendo que o Tribunal atribua à norma citada interpretação conforme a Constituição, visando a excluir da incidência dos enunciados normativos citados: “as entidades dirigentes desportivas e associações desportivas.” Visto que afetam o artigo 217, I, da Constituição,¹⁷⁷ que assegura em favor de tais instituições a prerrogativa da autonomia quanto à sua organização e funcionamento.

Inicialmente, o Relator da ação decidiu pela improcedência da lei questionada, declarando a constitucionalidade do artigo 59 e seu parágrafo único do Código Civil. Posteriormente, por unanimidade de votos, a ação foi julgada prejudicada pelo Tribunal tendo em vista a questão de ordem, já que a lei 11.127 de 28.06.2005 retirou da competência privativa da assembléia geral das associações a eleição dos administradores e a aprovação das contas. (objeto desta ação). Em decorrência disso a ação foi julgada prejudicada pelo STF.

¹⁷⁶ Artigo 59 do Código civil (redação anterior a lei 11.127 de 2005): Compete privativamente à assembléia geral: I – eleger os administradores; II – destituir os administradores; III - aprovar as contas; IV – alterar o estatuto. Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes. In: Brasil. **LEI 10.406 de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 ago. 2007.

¹⁷⁷ Artigo 217 da CF. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento. In: [...]BRASIL. Brasil.**Constituição Federal**. Op. cit.

Argumentação do Tribunal

Ao pretender legitimar suas decisões abstratas, para o Supremo, ele deve atuar de forma a intermediar os conflitos constitucionais, visando a pluralizar estes debates.

[...] o entendimento de PETER HÄBERLE, **segundo o qual** o Tribunal “há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, **em ordem a pluralizar**, em abordagem **que deriva** da abertura material da Constitucional, o próprio **debate** em torno da controvérsia constitucional, **conferindo-se**, desse modo, **expressão real e efetiva** ao princípio democrático, **sob pena** de se instaurar, **no âmbito** do controle normativo abstrato, um **indesejável** “déficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício “*in abstracto*”, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.¹⁷⁸

Salienta ainda o Tribunal, que ele não está vinculado aos fundamentos do autor da ação direta, tendo em vista o caráter aberto destas ações. Ou seja, para o Supremo ele pode decidir uma ação abstrata, tendo em vista outros elementos que não os evocados pelo autor da ação, nesse sentido são os apontamentos do Ministro Celso de Mello: “o Supremo Tribunal **não está vinculado**, na formulação do juízo de inconstitucionalidade, **aos fundamentos** que tenham sido deduzidos pelo autor da ação direta [...]”.¹⁷⁹

Pode-se dizer, portanto, que para o Tribunal ele possui a liberdade de decidir além dos fundamentos da própria ação, ou seja, nas ações que visam um controle abstrato de inconstitucionalidade, o STF possui a prerrogativa de decidir segundo elementos não invocados pelo requerente.

Em se tratando do mérito da ação, destaca-se a preocupação do Ministro Celso de Mello com a vontade do legislador civil ao deferir o artigo 59 do novo Código Civil, ora questionado; devendo para o Ministro este artigo ser interpretado, juntamente com o princípio democrático. Dessa forma, o princípio da autonomia das

¹⁷⁸ ADI 3045, fls. 19.

¹⁷⁹ Idem, fls. 20, grifos do original.

entidades desportivas e das associações civis, em geral não afasta o seu dever de observância das regras gerais estatais.¹⁸⁰

Assim, para o Ministro Celso de Mello a norma expressa no artigo 217, I da Constituição não possui carácter absoluto para evitar que o Estado intervenha nas agremiações desportivas, através de novos enunciados normativos, que venham a interpor a forma como estas devam se organizar e funcionar.

Ou seja, a norma constitucional é afastada, tendo em vista o entendimento de que ao ser interpretada de forma absoluta colidiria com o princípio democrático. Note-se que o Ministro afasta um enunciado normativo constitucional, tendo em vista um princípio.

Corroborar com este entendimento os apontamentos do Ministro Cezar Peluso, ao declarar que a norma constitucional não se refere ao ato de legislar e sim proíbe que o Estado intervenha nas organizações, ou seja, trata-se de poder de legislar. No entanto, o Ministro não define qual a diferença entre os conceitos.

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

Celso de Mello	[...] a regra inscrita no art. [...] tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte [...] quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. [fls. 18]
-----------------------	--

Compreensão das narrativas acima

Neste documento, destaca-se que a forma que o Tribunal adota para garantir a legitimidade democrática de suas decisões é colocada através da abertura procedimental. Ou seja, o STF deve possibilitar a pluralização do debate constitucional.

Salienta-se que, como em outros julgados, há a descrição de que o Tribunal deve agir de determinada forma, visando sempre funções de extrema importância como, por exemplo, a pluralização do debate constitucional. No entanto, não é

¹⁸⁰ Idem, fls. 42.

descrito como isso é possível. Assim, pode-se dizer que há na realidade um mero verniz idealista, que pretende enaltecer esta instituição, mas que na realidade somente oculta a maneira como o Tribunal decide.

2.3.7 Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1289

Julgamento: 03/04/2002

Relator: Gilmar Mendes

Relatório

Embargos infringentes impetrados pelo Procurador Geral da República contra a decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1289, na qual se questionava os cargos vagos de juízes do Tribunal Regional do Trabalho, para a composição da lista quádrupla, segundo o artigo 94 e 115 da Constituição.¹⁸¹

Em decisão normativa, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho autorizou a complementação da lista com membros do Ministério Público (MP), que não preenchessem o requisito temporal. Decidiu o STF pela inconstitucionalidade da referida decisão, tendo em vista que a Constituição Federal não disciplina as hipóteses de não haver membro do MP com aquele requisito constitucional temporal, de dez anos de carreira, para compor a lista.

O Tribunal por maioria, vencidos os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, decidiu pelo deferimento dos embargos, declarando a constitucionalidade do ato impugnado.

¹⁸¹ Artigo 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. Artigo 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2 do artigo 111. Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão: I – omissis; II – advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94. In: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal**.....

Argumentação do Tribunal

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes tece alguns comentários a respeito do quinto constitucional – artigo 94 da CF – elegendo-o à categoria de princípio. Visando a complementar sua argumentação, o Ministro cita a obra de Gustavo Zagrebelsky – autor neoconstitucionalista - para quem a Constituição, em sociedades caracterizadas por um acentuado grau de relativismo, não estabelece um projeto predeterminado de vida, mas coloca a disposição as condições de possibilidade.¹⁸² Nesse sentido, Gilmar Mendes cita o referido autor.

[...] “No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. [...] (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 16).¹⁸³

Conclui o Ministro que, em matéria constitucional a interpretação deve ser sempre a do “pensamento do possível”, ou seja, segundo Gilmar Mendes trata-se de: “[...] expressão, consequência, pressuposto, limite para uma interpretação constitucional aberta.”¹⁸⁴ Nesse sentido, o Ministro faz referência à obra de Häberle, autor também da corrente neoconstitucional. Nesse julgado, há a descrição do conceito do “pensamento do possível.”

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10).¹⁸⁵

¹⁸² ADI-EI, 1289, fls. 10.

¹⁸³ Idem, fls. 10.

¹⁸⁴ Ibidem, fls. 12.

¹⁸⁵ Idem, fls. 13.

Para o Ministro, a Constituição não deve ser compreendida como um texto “acabado ou definitivo, mas sim como projeto” em contínuo desenvolvimento.¹⁸⁶ Além disso, argumenta que uma decisão pode ser contrária ao texto constitucional, visto que uma lei sempre é feita para um período de tempo, devendo, portanto, ser adaptada às circunstâncias factuais. Já que, como obra do homem ela está sujeita à **“força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.”**¹⁸⁷

Por outro lado, para o Ministro Moreira Alves, a Constituição só admite o preenchimento do quinto constitucional, por aqueles que preenchem as condições nela exigida, salvo se não houver ninguém, neste caso aplica-se o princípio *“ad impossibília nemo tenetur”*.

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

Gilmar Mendes	[...] parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contém uma lacuna: [...] Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. [...] [fls. 22]
Moreira Alves	[...] não sou daqueles que admitem que, por interpretação, possamos suprir lacuna, para o efeito de não se declarar a inconstitucionalidade. Aqui, não há lacuna, mas ocorre uma situação que deve ser resolvida por via de interpretação para se saber, dentre os princípios em choque, qual deles prevalece. Isso, aliás, é comum, em matéria de direitos e garantias fundamentais. [fls. 27]
Marco Aurélio	[...] Considero-me um entusiasta da interpretação ativista do texto , objetivando preservar a alma da própria Constituição Federal. [fls. 28, grifei]

Compreensão das narrativas

O Tribunal, ao alegar choque entre princípios, deveria descrever como ocorre esta suposta ponderação. No entanto, não há nenhuma explicação a respeito, ou justificativa. Assim, pode-se dizer que já havia o entendimento de que um princípio deveria prevalecer sobre o outro, nas concepções pessoais do Ministro Moreira Alves.

Ainda que não concordem a respeito dos instrumentos que deverão utilizar – choque de princípios ou supressão de lacuna –, os Ministros concordam que é a função do Tribunal dar o sentido aos enunciados normativos, através de atos

¹⁸⁶ Idem, fls. 13.

¹⁸⁷ Idem, fls. 16, grifei.

interpretativos. Todavia, a forma como o Supremo dará o sentido às normas constitucionais é extremamente superficial, vazia de conteúdo e pobre de fundamentação.

2.3.8 Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 4

Julgamento: 02/08/2006

Relator: Octavio Gallotti

Relatório

A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, contra a Medida Provisória n.º 2.019/00, que regulamentava o salário mínimo a partir de 1.º de maio de 1996.

O autor alegou a inconstitucionalidade formal da referida lei, bem como material, visto não expressar valor suficiente para atender às necessidades básicas do trabalhador e sua família, como descreve a Constituição Federal.

Nesse sentido, a medida provisória estaria em desacordo com os preceitos constitucionais: artigo 1.º e § único; art. 2.º, I; art. 3.º; art. 5.º e §§ 1.º e 2º; art. 7.º, IV; art. 22, I; art. 48; art. 68 e § 1º, II.

O relator julgou prejudicada a ação, já que ocorreu a conversão da lei da medida provisória impugnada, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros. Assim, o Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a ação.

Argumentação do Tribunal

Há uma discussão interessante no presente julgado, qual seja: teria o Tribunal competência para legislar? Além disso, discute-se o problema da decretação, por liminar, de um salário-mínimo.

Caso o STF decidisse pela procedência da ação, de acordo com a Constituição isto não significaria que ele devesse declarar o valor do salário-mínimo. Por outro lado, ao declarar a atual lei inconstitucional, conduzir-se-ia à situação

anterior, ou seja, a um salário-mínimo inferior ao atual, portanto, levaria a um efeito inverso do pretendido pelos autores da ação.

O Ministro Octávio Galloti, após decidir pela procedência da preliminar suscitada pelo requerido de perda de objeto do pedido, ante a conversão em lei da medida provisória, salienta que, além disso, não poderia o Tribunal expedir ato legislativo, visto que do contrário estaria infringindo o princípio da independência dos Poderes.¹⁸⁸

As discussões em torno da função legislativa do STF prosseguem. O Tribunal coloca a controvérsia, envolvendo a possibilidade do Congresso Nacional ter votado uma lei que permitisse ao Supremo a possibilidade de editar medidas provisórias.¹⁸⁹

Destacam-se os argumentos do Ministro Jobim: **“editada a lei, nós é que vamos dizer o que vale. Isso não decorre de um conflito político. [...] Isso é o Estado Democrático? Não sei.”**¹⁹⁰

Para o Ministro Moreira Alves, o papel do STF não deve ser o de legislador, tendo em vista que não receberam mandado do povo para este ato. Por outro lado, o entendimento do Ministro Carlos Velloso é que este poder lhes foi conferido pela Constituição.¹⁹¹

O Ministro Ilmar Galvão também admite a hipótese do STF legislar, mas nos casos de equidade supletiva, que para ele é configurada quando o legislador confere ao juiz poderes de decisão para os casos em que não há lei. Moreira Alves irá dizer que somente se julga por equidade quando se afasta a lei.¹⁹²

Prosseguindo a discussão, o Ministro Marco Aurélio irá questionar o papel da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visto que nestas ações caberá ao Tribunal uma decisão declaratória. Para o Ministro, as decisões do Supremo deveriam ter um alcance maior.

¹⁸⁸ ADPF 4 MC, fls. 11.

¹⁸⁹ Idem, fls. 16. Nesse sentido, são os apontamentos do Min. Nelson Jobim: “[...] No debate existe uma expressão, acho que definitiva, em relação a essa pretensão. Teria dito o Deputado Luiz Fleury que o que estaria pretendendo a Relatora era outorgar ao Supremo Tribunal Federal a capacidade de editar medidas provisórias, sem prazo para a sua revisão”.

¹⁹⁰ ADPF 4 MC, fls. 18. Grifei.

¹⁹¹ Idem, fls. 18. Segundo o voto do Min. Carlos Velloso: “Mas recebemos, Ministro, poder conferido pela Constituição, criatura do Poder Constituinte. Aí é que está a questão.”

¹⁹² Idem, fls. 19. Grifei.

[...] O Supremo Tribunal Federal é **guarda da Constituição Federal como um grande todo**; quando a compulsamos e a abrimos em um artigo da maior importância, equivalente ao artigo 5.º [...] constatamos que há um mandamento constitucional que despreza a teoria sobre o valor nominal, potencializando a teoria do valor real, sempre a representar um poder aquisitivo.¹⁹³

Para o Ministro Marco Aurélio, a ação de descumprimento de preceito fundamental não deveria ser “esvaziada como o foi o mandado de injunção [...],” dessa forma, para ele o Tribunal deve reparar a lesão, objeto da referida ação.¹⁹⁴

Pode-se concluir, pois, que para o Ministro Marco Aurélio o STF possui a prerrogativa de legislar, ou seja, deve atuar de forma ativa, conforme a sua leitura do artigo 49, inciso XI da Constituição Federal.¹⁹⁵ Para ele, a partir deste artigo pode-se inferir que: “aqui se cuida da atuação legislativa também dos demais Poderes – Executivo e Judiciário.”¹⁹⁶

Afastado o Legislativo, sobram os dois outros, e, aí, surge o Judiciário. Pobre Constituição! Pobre República! Pobre Estado Democrático de Direito, quando não se conta, Senhor Presidente, com órgão de cúpula capaz de tornar efetiva a Carta da República, a Constituição, a Lei Maior, a Lei Máxima do País, a Lei Fundamental!¹⁹⁷

Por outro lado, para o Ministro Néri da Silveira o STF deverá tão somente afirmar o descumprimento do preceito fundamental, devendo a autoridade competente à decretação do salário mínimo.¹⁹⁸

Entendimento a respeito da atuação decisória do STF

Marco Aurélio	[...] O Supremo Tribunal Federal é guarda da Constituição Federal como um grande todo ; [...] [fls. 23, grifei] [...] Não pode o Supremo Tribunal Federal atuar de
----------------------	--

¹⁹³ Idem, p. 23/24.

¹⁹⁴ Idem, p. 25.

¹⁹⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes. In: BRASIL. Brasil. **Constituição Federal**. Op. cit.

¹⁹⁶ ADPF 4 MC, fls. 26.

¹⁹⁷ Idem, fls. 26. Grifei.

¹⁹⁸ Idem. fls. 35.

	forma conclusiva, de maneira efetiva, quanto a essa norma [artigo 7.º, IV, que dispõe sobre o salário mínimo...] [fls. 24]
Néri da Silveira	<p>[...] a Corte, em decidindo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não atua legislativamente, não cria norma nova [...] [fls. 34]</p> <p>[...] a Corte fixará a exata exegese e compreensão da regra [...]. [fls. 35, grifei]</p> <p>Do exame do ato normativo tido como lesivo ao preceito fundamental afirmará o descumprimento ou não, pela autoridade que o fixou, estabelecendo os exatos parâmetros a serem seguidos, conforme função de guarda e seu exegeta maior. [fls. 35]</p>

Compreensão das narrativas

Ainda que haja divergências em relação à criação normativa pelo Tribunal, concordam os Ministros que o papel do STF é de guarda da Constituição. Assim, deve o Supremo fixar a vontade da Constituição, através da interpretação de seus membros. Ou seja, os Ministros possuem a capacidade de declararem a “vontade” da Constituição Federal, já que possuem a função de “guarda e exegeta maior”.¹⁹⁹

Dessa forma, pode-se dizer que dada a competência de guarda da Constituição cabe ao Tribunal fixar e dar o exato sentido das normas constitucionais.²⁰⁰ Novamente, surge a questão do papel do Supremo de maneira pobre, superficial e vazia de conteúdo.

¹⁹⁹ Expressões retiradas da referida ADPF 4, fls. 35.
ADPF 4 MC, fls. 35, grifei.

3 UM DIREITO HIPERMODERNO

3.1 Pós-modernidade e/ou Hipermodernidade

A consciência de pós-modernidade²⁰⁰ (pode-se até arriscar uma data, pós década de 1970) pressupunha, principalmente, a ruptura com a modernidade e a vontade de exorcizá-lá. Para muitos autores, havia mais uma consciência de ruptura do que uma ruptura real, visto que os projetos da modernidade estavam inacabados e se acreditava na possibilidade de concretizá-los.²⁰¹

Salienta-se que a concepção de modernidade abrangia o triunfo da razão, da técnica e da atividade científica. Pode-se dizer que seu principal fundamento era a racionalização, o progresso da humanidade e universalização dos direitos humanos.²⁰²

Rapidamente essa perspectiva foi mobilizada para designar a ruína dos pilares da racionalidade e o estremecimento das grandes ideologias da história. As visões mais otimistas, em relação ao progresso da humanidade, foram substituídas por uma ótica na qual havia o predomínio do transitório, da ambivalência e da liquefação.

O crescimento do consumo e da comunicação das massas; a desconstrução da legalidade; o enfraquecimento de diversas instituições, como, por exemplo, a família, a igreja, o Estado e a escola; a queda das ideologias; entre outros fatores, indicavam novos tempos.

A independência individual emergiu, juntamente com o aumento do poder estatal. Dessa forma, a autonomização do homem se deu mais no plano

²⁰⁰ Um dos primeiros teóricos a empregar em uma obra o termo pós-modernidade foi Lyotard, em "A condição pós-moderna". Para o autor este conceito era utilizado para determinar a cultura após as mudanças ocorridas nas: "regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX". LYOTARD. Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9.ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. xvii.

²⁰¹ ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. 5.ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 258 e seguintes.

²⁰² TOURAINE. Alain. **Crítica da modernidade**. Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget. 1994, p. 21-43.

teórico do que prático. No entanto, de forma paradoxal, a concepção pós-moderna significou o cancelamento de todas as formas de manipulação e controle do indivíduo, em detrimento de seus desejos. É nesse sentido, que Lipovetsky denomina o período pós-moderno de a “era do vazio”.²⁰³

Mas, atualmente, estaria-se realmente ingressando num novo campo do social e cultural? Ou na realidade, se trata de uma modernidade com traços mais profundos?

[...] O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão *cool* do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras. [...] No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, **o rótulo pós-moderno já ganhou rugas**, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia.²⁰⁴

Para Sébastien Charles há vários fatores que demonstram que neste momento não se trata mais de “pós” e sim de “hiper”. Hiperconsumo, hipermodernidade e hipernarcisismo. O consumo que em tempos passados era mais uma forma de diferenciação social, hoje é percebido como uma maneira de se sentir bem. A hipermodernidade social demonstra-se uma sociedade cada vez mais individualizada, flexível e sem interesses pelo outro. E, hipernarcisismo, na qual “Narciso” surge mais organizado, objetivando a competitividade profissional.²⁰⁵

As sociedades ocidentais continuam sofrendo transformações profundas. Muito embora não haja consenso teórico em relação ao conceito, ou seja, se é “pós-modernidade” ou “hipermodernidade”, neste trabalho utilizam-se autores que divergem quanto à denominação em relação a este fenômeno, mas concordam que se trata de um novo momento histórico, cultural e social.

E, ao mesmo tempo em que estudam e promovem novas conceituações deste laço social, contribuem para a compreensão da atualidade.

²⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri (SP): Manole, 2005.

²⁰⁴ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2005. p. 52.

²⁰⁵ Idem, p. 27.

Salienta-se a preferência pelo termo hipermodernidade, já que há uma percepção de que se está em um período de reintegração e de aceleração dos axiomas da modernidade como, por exemplo, o mercado, o indivíduo e os avanços técnico-científicos.²⁰⁶ Por outro lado, ressalta-se que não se deve importar, necessariamente, com a denominação.²⁰⁷

A relativização que ocasiona a incerteza, a falta de referências e de valores comuns, têm se refletido em várias áreas do saber. No domínio do direito, este sintoma pode ser traduzido através da forte pluralidade interpretativa dos juízes, que enfoca situações similares a partir de posições doutrinárias opostas.

Verifica-se a encruzilhada na qual se encontram os magistrados, isto é, diante de inúmeros caminhos doutrinários a percorrer, os juízes transitam entre os diferentes paradigmas do direito – positivismo, neoconstitucionalismo e direito reflexivo. O direito apresenta-se em estado fluido, o que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e a ocupar lentamente todo o espaço disponível.

3.2 Características dos julgados

Ao pretender destacar as principais características apreendidas da prática decisória do STF, como já foi descrito no capítulo anterior, optou-se por

²⁰⁶ Nesse sentido que Lipovetsky irá dizer: “Embora seria inegável que grande quantidade de referenciais culturais se embaralharam e que a dinâmica técnica e mercantil organiza segmentos inteiros de nossas sociedades, permanece o fato de que a derrocada do sentido não chega ao extremo, pois há sempre um fundo de forte e amplo consenso sobre os fundamentos ético-políticos da modernidade liberal. Para além da ‘guerra dos deuses’ weberiana e do crescente poder da sociedade de mercado, afirma-se um núcleo duro de valores compartilhados que estabelecem limites estritos ao rolo compressor do raciocínio operacionalista. Nem todo o nosso patrimônio ético-político foi erradicado [...] Nem todos os valores, nem todos os referenciais de sentido, foram pelos ares: a hipermodernidade não é “sempre mais desempenho instrumental e, portanto, sempre menos valores que tenham força de obrigação”, ela é, isto sim, uma espiral técnico-mercantil que se liga ao reforço unanimista do tronco comum dos valores humanistas democráticos. LIPOVETSKY, Gilles. Op. cit., p. 99-100.

²⁰⁷ Os apontamentos de Rouanet também merecem destaque ao questionar: “E o consumismo, o hedonismo, o narcisismo, a transformação psíquica do indivíduo? [...] não há corte no cotidiano contemporâneo: no máximo, há uma intensificação de características já antigas.” ROUANET. Op. cit., p. 259.

trabalhar com fragmentos catalogados dos acórdãos, ou seja, frases e parágrafos, completos ou não, onde estavam sendo abordadas questões referentes à prática decisória do Supremo.

Com o objetivo de interpretar estes julgados procurou-se compreender o fenômeno social, além da perspectiva do pesquisador, ou de categorias impostas, mas através da visão do Tribunal. A partir, portanto, das análises dos dados é que foram extraídas as principais características destes julgados.²⁰⁸

Assim, os principais traços em sua forma de decidir foram: a dificuldade em classificá-los em algum paradigma do direito de forma restrita; a superficialidade com a qual os Ministros argumentam suas decisões; e, por fim, a percepção do Tribunal de que ele é o “Guarda da Constituição.”²⁰⁹

3.2.1 Qual paradigma?²¹⁰

No exame dos dados empíricos verificaram-se características dos modelos citados no capítulo primeiro – positivismo, neoconstitucionalismo e direito reflexivo –, bem como se percebeu uma grande dificuldade em afirmar com certeza que se tratava de um modelo específico.

Pode-se dizer, portanto, que há um amálgama que une os paradigmas de direito nestes documentos, já que os dados empíricos, de um lado, demonstraram a impossibilidade de determinar qual o modelo dominante utilizado pelo STF e, de outro lado, a forma fragmentada como eles são utilizados nos julgados. Em outras palavras, pode-se dizer que esses

²⁰⁸ De acordo com Lucena : “a literatura alerta que a geração e análise dos dados na pesquisa qualitativa devem ser tarefas paralelas, uma vez que é a partir do momento em que o pesquisador começa a lidar com seus dados que descobre o quanto deles é necessário.” LUCENA. Op. cit., p. 95.

²⁰⁹ Expressão retirada de um determinado julgado.

²¹⁰ Um paradigma, visão de mundo expressa em uma teoria, auxilia os pesquisadores na análise de seus questionamentos. Quando não responde mais aos problemas que lhe são colocados, ele é substituído por outro paradigma. Nesse sentido, o conhecimento não é um conjunto de verdades universais objetivas, mas um quadro de análises e compreensões.

documentos são marcados por um sincretismo paradigmático: não há um modelo dominante e, ao mesmo tempo, todos os paradigmas são utilizados.

Há um direito hipermoderno, caracterizado pela fluidez, liquidez, ou seja, um direito, a princípio, “inclassificável”, visto que, de alguma forma, transita entre um paradigma e outro. Sua qualidade é não estar atrelado fidedignamente a um modelo. Para Baumann, a ambivalência é uma característica inevitável desses tempos e, sendo assim, preenche todos os campos do saber, inclusive o próprio direito.

[...] É a inviabilidade de tal arquivo que torna a ambivalência inevitável. E é a perseverança com que a construção desse arquivo é perseguida que produz um suprimento sempre renovado de ambivalência.²¹¹

Salienta-se que há uma crise nestes modelos, ocasionada tanto pela ausência de referências como pela sua excessiva abundância. A forma como ocorre a proliferação de paradigmas demonstra o ingresso do direito na hipermodernidade, caracterizada pela superposição e pelas interferências constantes do jogo de linguagem, em que tudo passa a ser relativo e dependente dos fatos e da interpretação do magistrado.²¹²

A vasta e diferenciada rede de tendências, correntes e concepções, portanto, pressupõem uma nova configuração do direito. Nesse sentido, o fenômeno jurídico que se atribui o prefixo “hiper”, não rompe com o positivismo jurídico, visto que suas características ainda são percebidas nas narrativas dos Ministros do STF.

Há uma vinculação entre os modelos de direito na atualidade jurídica, caracterizada por uma combinação variável, de acordo com as especialidades do direito. Do positivismo jurídico herdaram-se os códigos, as constituições e os princípios; o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo, por sua vez, influenciaram o surgimento de juízes que, a partir do direito constitucional e de

²¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.p. 11

²¹² OST. **Doxa**....p. 169.

um direito procedimental de urgência, passaram a exercer o monopólio da jurisdição.²¹³

O positivismo jurídico continua em cena, já que não há o rompimento com os cânones da dogmática jurídica moderna, ou seja, com a perspectiva da normatividade, baseada na idéia de obrigação e da juridicidade, que supõe a intervenção estatal. Vinculado a estas características encontra-se um intérprete preocupado com os fatos e valores, sendo que qualquer decisão é uma forma possível de interpretar a Constituição Federal.

As características dos paradigmas do direito parecem ter se somado, ainda que em suas origens um modelo tenha surgido com a pretensão de criticar o outro. No entanto, concluir pela simples vinculação destes seria uma compreensão reducionista.²¹⁴

O que se percebe é que há uma preocupação maior com a questão da interpretação dos enunciados normativos, na qual ocorre uma combinação de poderes em relações paradoxais: um número infinito de atores, uma proliferação legal, uma diversificação das leis entre outros aspectos. O direito hipermoderno tenta englobar várias questões da complexidade atual.²¹⁵

Ocorre que esse processo de adaptação ocasiona incertezas e indeterminações. Os enunciados normativos dependem do processo interpretativo dos magistrados, cujo papel de co-determinação cada vez mais se fortalece.

Sob as influências deste direito hipermoderno o ato interpretativo engloba instâncias subjetivas de valoração. Dessa forma, o raciocínio do juiz congrega valores, ainda que fluidos e provisórios, pois o direito se revela como um objeto cultural, cujo sentido deveria ser socialmente compartilhado, no entanto não há como negar que o juiz tem decidido de maneira isolada.

Em alguns momentos pode-se identificar uma adesão expressa à teoria positivista do direito, o que tornou a análise do documento, a princípio, mais fácil. Foi o caso da passagem da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797,

²¹³ OST. Op. cit., . 171.

²¹⁴ Idem, p. 171.

²¹⁵ Idem., p. 172.

na qual há uma divergência em relação a quem deve ser o intérprete autêntico da Constituição.

[...] é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam [normas], mas **apenas uma certa** categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o ponto culminante que se encontra no momento da definição da norma de decisão. **Este que está autorizado a ir além da interpretação tão somente, como produção das normas jurídicas**, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”, o juiz.²¹⁶

Nesta mesma ação, no entanto, há menção direta à obra considerada neoconstitucional. Assim, este julgado possui tanto características expressas do positivismo jurídico, quanto do neoconstitucionalismo.

É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa da guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma *sociedade aberta de intérpretes* (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997), os quais podem, de acordo com as alterações histórico-culturais, exercer alternativas plurais de interpretação.

A falta de fundamentação e argumentação das decisões também merece destaque, visto que na grande maioria dos dados pesquisados os Ministros decidiram sem justificar de maneira satisfatória seus votos. Salienta-se que serão descritos os documentos que, de alguma forma, demonstram essa característica.²¹⁷

a) Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 460439

²¹⁶ ADI n.º 2797, Ministro Eros Grau, fls. 46-47, grifei.

²¹⁷ A escolha desses julgados não foi aleatória, além de ilustrativos no que diz respeito à apresentação de uma de suas características principais são emblemáticos, uma vez que expõem vários dos aspectos que se acredita interessante explorar.

Neste julgado o Ministro Sepúlveda Pertence argumenta sua decisão a partir do entendimento do Tribunal

“[...] a ânsia de dar a máxima efetividade à nossa jurisdição constitucional não nos permite romper as linhas rígidas de demarcação do recurso extraordinário. [...] nenhum dos dispositivos que se dizem questionados tem a ver com “vontade de Constituição”, “com a máxima efetividade da Constituição”, “com a supremacia da Constituição” e outros temas [...]” Fico apenas no problema técnico – que alguns chamarão formalista – do recurso extraordinário.”²¹⁸

A decisão é fundamentada com base em outras decisões do STF, concluindo o Julgador que se trata de uma questão técnica, ao mesmo tempo em que declara que sua decisão é considerada formalista.

b) Recurso extraordinário n.º 201819

Esta é uma decisão na qual ocorre uma ampla discussão a respeito da incidência dos direitos fundamentais, entre as relações privadas. É uma jurisprudência diversa da maioria das analisadas neste trabalho, já que as argumentações dos votos dos Ministros, em sua grande parte, são fundamentas na teoria e no direito positivo.

No entanto, o voto da Ministra Ellen Gracie enseja dúvidas, isto é:

O Brasil já é caracterizado, ao contrário de outros países, por uma dificuldade associativa. Nós não temos associações muito fortes, e a tendência da nossa população é para o individualismo. Vejo, com certo temor, que nossa decisão cerceie de tal forma as entidades associativas, fazendo com que elas venham a apresentar ainda menores atrativos.²¹⁹

Para a Ministra aplicar o princípio do contraditório e da ampla defesa ao caso, ou seja, princípios constitucionais, poderá restringir o direito das entidades privadas.

c) Recurso Extraordinário n.º 165438

²¹⁸ AI – AgR 460439, fls. 36.

²¹⁹ fls. 57.

No Recurso extraordinário n.º 165438 o qual apresenta a questão da anistia constitucional, o Ministro Carlos Velloso ao alegar que esta deve ser interpretada de forma ampla, e que isso seria uma sustentação técnica, argumenta: “Há até aquela música tão bonita: Perdão foi feito para se pedir, [...] estou sustentando que o exigido, no caso da anistia, é só isto: tempo.”²²⁰

Ainda que nesta ação o Tribunal tenha interpretado de forma unânime que a anistia deveria ser concedida, ele não realizou uma análise nem das questões de direito da ação, nem mesmo das questões factuais. Sua argumentação, neste sentido, foi técnica, conforme os próprios apontamentos do Ministro Carlos Velloso.

d) Agravo Regimental no Recurso extraordinário n.º 328812

Neste documento discute-se a impossibilidade da manutenção de decisões divergentes nos tribunais inferiores da interpretação constitucional do STF. O Ministro Gilmar Mendes fundamenta sua decisão nos precedentes do Tribunal, alegando que as decisões desta Corte devem ser sempre acompanhadas pelos demais Tribunais do país, visto que compete ao STF:

[...] **a guarda da Constituição Federal**, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.²²¹

Para o Ministro, os precedentes do Tribunal são a fundamentação da sua decisão. Adverte também que interpretação divergente da proferida pelo STF, em outros tribunais, fragiliza a “força normativa da Constituição”.

²²⁰ RE 165438, FLS. 22.

²²¹ Fls. 5, grifei.

e) Mandado de segurança n.º 24041

Ao se discutir a quem caberia a substituição da presidência do Congresso Nacional, na falta de seu presidente, o Ministro Nelson Jobim argumenta sua decisão com base na Constituição Federal: “cumpra-se a norma constitucional.”²²² A Ministra Ellen Gracie também fundamenta seu voto dessa forma: “para mim, basta um único argumento: a previsão na Constituição/88.”²²³ Na mesma senda, é o voto do Ministro Maurício Corrêa: “Fico exclusivamente com a interpretação constitucional do § 5.º do artigo 57 da Carta Federal.”²²⁴

O Ministro Sepúlveda Pertence, muito embora tenha reconhecido que há questões factuais que deveriam ser melhor apreciadas, também decide conforme o texto legal: “Sr. Presidente, a mim, também, a matéria soou-me puramente constitucional, ainda que o caso concreto não tenha evidentes conotações políticas, pois a disputa corre em águas tranquilas.”²²⁵

Interessante é a continuidade do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que parece não estar bem convencido da sua própria decisão:

A leitura de todas as Constituições republicanas levou-me, neste caso, com absoluta tranquilidade, a uma conclusão que me pareceu límpida. Meu único receio é que em casa, como faço habitualmente, eu as li sem óculos e veio-me o temor de incidir no pecado da miopia exegética [...].²²⁶

f) Agravo de instrumento no agravo regimental n.º 200733

Em outro julgado o Tribunal afastou a idéia de uma interpretação meramente literal, visto que para o Ministro Moreira Alves trata-se da “forma mais rudimentar de exegese.”²²⁷ Contudo, o STF adotou a interpretação lógica, visando assim, segundo o Ministro Moreira Alves: “sem contrapor-se à letra do

²²² Fls. 49.

²²³ Fls. 58.

²²⁴ Fls. 59.

²²⁵ Fls. 63.

²²⁶ Fls. 63.

²²⁷ AI-AgR 200733, fls. 4.

dispositivo, é a no sentido de que esse texto, com a expressão [...] não estabelecendo regra alguma [...].”²²⁸

O Ministro alega que realizou uma interpretação lógica, em detrimento de uma análise literal do enunciado normativo. No entanto, não distingue as formas de interpretação, colocando a sua vontade ao texto legal.

g) Recurso extraordinário n.º 203859

No recurso extraordinário n.º 203859 argumentou o Tribunal que esta questão já havia sido objeto de outras ações e, dessa forma, já estava decidida a causa, ou seja, para o Ministro Carlos Velloso: “Sendo assim, a questão está abrangida, ao que penso, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, em 26.09.96, nos RREE 190.761-SP e 174.476-SP, [...].”²²⁹

No mesmo julgado, o Ministro Marco Aurélio, por sua vez, destacou que todo o “**direito posto tem um objetivo, uma razão de ser.**”²³⁰ Neste caso específico cabe ao STF “enfocar o texto constitucional, retirando dele a maior eficácia possível”. Não podendo, para o Ministro o Tribunal decidir de forma ampla, já que a lei é aquela, devendo ser interpretada de forma restrita.

O Ministro Carlos Velloso fundamenta sua decisão em outras decisões do Tribunal, ou seja, para ele é suficiente que o STF já tenha decidido questões semelhantes para justificar seu voto. Para o Ministro Marco Aurélio, tendo em vista que as normas possuem uma razão de ser, o Tribunal deve aplicar a lei de maneira moderada, no entanto ele não descreve a forma e o porque desta interpretação.

h) Recurso Extraordinário n.º 161751

Discussão que envolve o artigo 33 do ADCT da CF, aplicável aos precatórios existentes quando da promulgação da atual Carta Magna. O Ministro Moreira Alves fundamenta seu voto em julgado semelhante. Assim,

²²⁸ AI-AgR 200733, fls. 4.

²²⁹ RE 203859, fls. 4-5.

²³⁰ Idem, fls. 16.

para o Ministro: “Com base nesse precedente, conheço do presente recurso e lhe dou provimento.”²³¹ É a sua argumentação.

A argumentação, ou a sua falta nos julgados acima, demonstra a maneira como o Tribunal decide. Sua principal característica é percebida pela superficialidade em que são fundamentadas as decisões.²³²

O que se tem nestes discursos é a ausência de conteúdo, o que pode ser consequência da sua própria falta de fundamentação. Em outros casos, porém, o discurso dos Ministros pode estar ocultando as razões das decisões.²³³

3.2.2 “O STF é o intérprete maior”²³⁴

A grande maioria destes julgados culminou na mesma direção, qual seja: De que para o STF ele é o “intérprete autêntico”, “cria direito” e seus julgamentos servem de “referencial normativo para todo o sistema.”²³⁵ Assim, estes documentos demonstram a possibilidade de uma República Jurisdicional.

Tendo em vista que a arbitrariedade foi uma característica marcante, a partir de uma perspectivaêmica, tentar-se-á traçar este panorama do STF, que de alguma forma, expressa o seu entendimento acerca da sua função. Em outras palavras, da análise dos dados empíricos foi possível apreender que o Supremo demonstra, às vezes, uma atitude pretensiosa. Como no julgado

²³¹ fls. 5.

²³² Nesse sentido Natália Luchini ao analisar o controle de constitucionalidade em uma pesquisa empírica encontrou dificuldades em definir as bases desta atuação no Tribunal. O que a autora percebeu foi uma tendência na sua concentração por parte do STF. LUCHINI, Natália. **Democracia e Controle de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. 2007. 75 f. Monografia (Escola de Formação) - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007. Também corrobora com estes apontamentos o trabalho de Victor M. Pinheiro, no qual através de uma análise dos julgados do STF a respeito da concepção referente ao legislador negativo, o autor não encontrou uma análise coerente por parte dos ministros. PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 2007 68 f. Monografia (Escola de Formação) - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

²³³ KOZIMA, José Wanderely. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap. 13, p. 349-371.p. 370.

²³⁴ Expressão retirada de um acórdão.

²³⁵ Extratos retirados dos dados empíricos.

abaixo, no qual argumenta que interpretações divergentes pelo Poder Legislativo fragilizam a força normativa da Constituição.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a **fragilização da força normativa da Constituição**.²³⁶

Ao contrário do que afirma o Tribunal, a Constituição não é monopólio do magistrado. Os enunciados normativos e a sua interpretação fazem parte de todos os Poderes políticos, não somente do judiciário. Nenhuma instituição, assim, pode ter a última palavra em se tratando da Constituição;²³⁷ bem como, nenhum dos Poderes da República pode submeter à Constituição aos seus interesses e a avaliações discricionárias fundadas em fins políticos, ou de eficácia institucional.

A relação entre os Poderes com a Constituição deve ser de máxima lealdade, do contrário, o significado de Estado Democrático de Direito não passaria de mais uma falácia, que por sua vez abala as suas estruturas, visto que, a princípio, nenhum Poder pode se sobrepor aos demais, mas não é o que ocorre.

Salienta-se que democracia está sendo entendida como um sistema complexo de separações e equilíbrio entre os poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e reparação frente a violações. Segundo Luigi Ferrajoli, estes equilíbrios são ameaçados toda vez que os poderes, sejam econômicos ou políticos, se acumulam, ou se confundem em formas absolutas. Sendo sua principal garantia a Constituição.²³⁸

Apropriando-se do pensamento de Ferrajoli, pode-se dizer que o poder judiciário coloca em risco a democracia, toda vez que tenta se estabelecer

²³⁶ RE AGR 328812, fls. 5, grifei

²³⁷ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova** nº. 61, São Paulo 2004.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de La realidad. In: IBÁÑEZ, Andre (org.). **Corrupción y Estado de Derecho**. El papel de La jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 15-29.

acima dos demais poderes, bem como ao descrever que suas decisões possuem caráter absoluto. Pretendendo, assim, ainda que de forma velada, ser o atual soberano.

Ora se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, **em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão**. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção decisões divergentes. [...] ²³⁹

A superioridade do STF sobre os demais poderes é identificada pelo fato do tribunal aspirar o “cume da soberania”, através da competência, para decidir em última instância com a pretensão de vinculação.²⁴⁰ Desta forma, o STF passa a substituir o poder soberano. Assim, é que a Constituição torna-se jurisprudencial, em outras palavras, transforma-se em um documento que, a todo momento, pode ser reescrito pelo juiz constitucional.

De fato, o STF se coloca acima do legislador, há a compreensão de que quando o Supremo já possui um entendimento a respeito de determinada questão, o legislativo não deve se pronunciar de maneira contrária. Embora os demais poderes possam interpretar a Constituição, para o Tribunal eles não produzem normas, dito de outra forma, o significado que atribuem a um enunciado normativo não faz parte do ordenamento jurídico.

Para Ferraz Jr.: “Aquele [esta se referindo à interpretação do legislador] dever-ser não tem, pois, caráter de norma.”²⁴¹ Por outro lado, a interpretação judicial ao definir o sentido de um enunciado normativo estabelece suas balizas, através de um ato de vontade, diz respeito, portanto, a um: “**eu quero** e não de um eu sei”.²⁴²

²³⁹ RE AGR 328812, fls. 5, grifei.

²⁴⁰ BERCOVICI. Op. cit., p. 16.

²⁴¹ FERRAZ Jr., *Introdução ao Estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 3ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 257.

²⁴² FERRAZ Jr. Op. Cit., p. 258.

[...] Estamos aqui falando de decisões do **órgão máximo** do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição.²⁴³

Segundo o STF, ele é órgão máximo do Poder judiciário e suas decisões possuem a função de concretizar o texto constitucional. Para o Tribunal é o mesmo quem fixa a exata interpretação de um enunciado normativo, em suas palavras: “a Corte **fixará a exata exegese e compreensão da regra.**”²⁴⁴

Estas constatações confirmam o fato de que o princípio democrático da divisão dos poderes já está “caduco” e que o poder judiciário tenta concentrar em si, por vezes, a função de legislador. Agamben explica: “o parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela Lei,”²⁴⁵ logo o autor conclui que se vive em uma República Governamental. Pode-se dizer que por aqui há a ameaça de uma República Jurisdicional, pois é este poder quem pretende se instalar acima dos demais.

O processo de definição do texto constitucional e do ordenamento jurídico em geral **traduz prerrogativa de poder** inerente ao Judiciário, **além de constituir** o domínio natural de atuação dos juízes e Tribunais. **Trata-se** de função jurídica, cujo legítimo exercício foi atribuído aos órgãos do Poder Judiciário, **no contexto** de um sistema que consagra o princípio da separação de poderes.²⁴⁶

O governo dos juízes pode substituir os demais poderes, nesse sentido Bercovici coloca a questão: “Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional?” Prossegue o autor: “Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”²⁴⁷

Muito embora não tenha sido eleito, o fundamento de legitimidade do magistrado é a garantia dos direitos constitucionais. Uma legitimação que concerne à tutela da intangibilidade destes direitos. Essas normas não são

²⁴³ AI 460439 AgR, fls. 26, grifei.

²⁴⁴ ADPF 4 MC, fls. 35, Ministro Néri da Silveira, grifei.

²⁴⁵ AGAMBEN. *Giorgio. O Estado de Exceção*.....p. 32-33.

²⁴⁶ ADI 2628, fls. 115, grifos do original.

²⁴⁷ BERCOVICI. *Op. Cit.* p. 17.

valores imutáveis nem trans-históricos, mas “aquisições humanas”,²⁴⁸ incorporadas ao pacto social, que o modelo democrático e a forma histórica do Estado de direito envolvem. Segundo Cárcova, “pôr em crise a hierarquia normativa implica tanto como pôr em crise o pacto social.”²⁴⁹

Certamente o Supremo interpreta, mas esta é uma atividade que deve ser contextualizada, devendo ser realizada através de técnicas argumentativas e critérios de fundamentação. Tais dispositivos não devem ser esquecidos, frente ao perigo de despropósitos decisionistas.

Paula Miraglia, ao realizar uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude em São Paulo, constatou que os juízes, em muitos casos, em seus julgamentos pretendiam dar uma “lição” nos jovens. A autora percebeu que esta forma de decidir: “dá margem a atitudes que não são exatamente a ‘interpretação da lei’, mas a manifestação dos valores pessoais de cada juiz.”²⁵⁰ Guardadas as devidas diferenças, nos documentos analisados nesta pesquisa, o fato dos Ministros não fundamentarem suas decisões pode ser uma forma de ocultar seus “pré-conceitos.”

A função de autoridade inquestionável do magistrado não é exclusividade destes julgados, outros estudos demonstram o lugar primordial e determinante do juiz.²⁵¹ Schritzmeyer, ao realizar uma etnografia nos Tribunais do Júri, verificou na figura do juiz a encarnação da lei, “da autoridade que sabe, coordena e decide, sacraliza a cerimônia do Júri.”²⁵²

As transformações do sistema legal, entre elas, a forma como as decisões do STF passaram a vincular os demais tribunais, podem estar contribuindo para a crise de legalidade. Para o tribunal, quando ele aplica a Constituição está elaborando uma norma de decisão, isto é, para o STF: “Essa

²⁴⁸ CÁRCOVA. Op. Cit., p. 178.

²⁴⁹ CÁRCOVA. Op. Cit., p. 178.

²⁵⁰ MIRAGLIA, Paula. **Aprendendo a lição**. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Novos estud. - **CEBRAP**, jul. 2005, n.72, p.79-98.

²⁵¹ Ver ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n.43, p. 45-63, nov. 1995, SCHRITZMEYER, op. cit. e MIRAGLIA, Paula. **Aprendendo a lição**. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Novos estud. - **CEBRAP**, jul. 2005, n.72, p.79-98..

²⁵² SCRITMEYER. Op. cit., p. 93.

aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa **a norma de decisão**.²⁵³

Nesse sentido, compreende-se uma das características do direito hoje, qual seja? Sai o legislador e entra o intérprete. O juiz preenche o lugar que antes ocupava o legislador. A lei é percebida como um objeto inacabado, aguardando sempre a interpretação do juiz, em outras palavras, o magistrado “torna-se um co-legislador permanente.”²⁵⁴

Ost salienta que faz parte do cerne de toda decisão judicial a sua retroatividade, no sentido de que um julgamento preceitua um fato que já ocorreu, ao contrário da lei que pretende regular o futuro.²⁵⁵ Assim, quando as decisões adquirem um caráter prescricional, passam a ter características legais. Neste sentido, apresenta-se a argumentação do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Parece-me que essa colocação é absolutamente perfeita, coerente com o modelo de jurisdição constitucional que se lastreia na idéia de **efeito vinculante das decisões**[...].”²⁵⁶

Neste diapasão, são as colocações de Agamben ao descrever que “É na perspectiva [...] dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Busch de referir-se constantemente a si mesmo.” Prossegue o autor: “Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra [...] se torne impossível.”²⁵⁷

A análise de Agamben, guardadas as devidas diferenças, é válida para poder dizer que o Supremo pretende produzir uma situação na qual a sua decisão se torne, por excelência, a regra, visto que, segundo o seu entendimento as decisões devem vincular os demais tribunais do país,²⁵⁸ bem como a súmula vinculante reforça o seu papel.

[...]Uma tal postura jurisdicional vai totalmente de encontro ao novo **comportamento que se espera do Supremo Tribunal**

²⁵³ ADI 2797, fls. 46.

²⁵⁴ GARAPON. Op. cit., p. 41.

²⁵⁵ OST. **O Tempo do direito...** p. 179.

²⁵⁶ ADI 2797, fls. 112.

²⁵⁷ AGAMBEN. **O Estado de Exceção...** p. 38.

²⁵⁸ Ver: RE n.º 197999 RE-AgR n.º328812;

Federal após a promulgação da Emenda Constitucional 45, a qual consagrou a súmula vinculante e, como sabemos, reforçou o papel desta Corte.²⁵⁹

Muito embora a súmula vinculante possa ser compreendida como uma forma de diminuir o número extravagante de processos, além de enfraquecer os tribunais inferiores, acarretando limites ao ato interpretativo dos demais juízes, torna-os meros aplicadores das súmulas dos tribunais superiores. Alerta Lênio Streck,

[...] no Direito brasileiro, onde a expressiva maioria das decisões judiciais se baseia em “precedente sumulares” e “verbetes jurisprudenciais” retirados de repertórios estandardizados, muitos de duvidosa cientificidade, que acabam sendo utilizados, no mais das vezes, de forma descontextualizada.[...] ²⁶⁰

Com a súmula vinculante, aumenta-se o poder discricionário do STF, sem a necessidade de justificação. Streck irá dizer que: “o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes transformam-se, na prática, de normas individuais – válidas para cada caso – em normas gerais de validade *erga omnes*.” ²⁶¹

Não há como negar que a função da Corte Suprema seja diferente das demais instâncias jurídicas do país, já que suas decisões, bem ou mal, concretizam a Carta Constitucional de uma maneira especial. Quando o Supremo se pronuncia sobre um determinado tema os demais tribunais, em sua grande maioria acompanham este julgado, os advogados, por sua vez, peticionam utilizando esses acórdãos como argumentos para terem seu pedido deferido, e, as faculdades de direito ensinam a partir destes julgados.

Neste sentido, é que não se pode admitir que para o Supremo independente do fato dele ter tomado uma decisão incorreta, esta deverá ser

²⁵⁹ AI-AGR 460439, fls. 42.

²⁶⁰ STRECK. Lenio Luiz. **O fahrenheit sumular no Brasil:** controle panóptico da justiça. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17>

Acesso em: 10/01/2008.

²⁶¹ Idem.

seguida em outros casos concretos, já que para ele seus julgados possuem o pressuposto de validade, ou seja, “parece matéria já resolvida pela Corte.”²⁶²

Dito de outra forma, para o STF, certo ou errado, o que importa é que ele já decidiu. Assim sua legitimidade passa pelo fato de que suas decisões serão aceitas, independentemente do conteúdo.

[...] Foi precisamente sobre essa matéria que o Tribunal decidiu e, certo ou errado, adotou aquela orientação a que fiz referência nos precedentes acima invocados. Parece matéria já resolvida pela Corte.²⁶³

Talvez, ainda não se esteja em um Estado de Exceção, mas estas decisões informam que há uma autoridade superior inquestionável, na figura dos Ministros do STF. O juiz, ao decidir de forma superficial, só nos dá pistas de que se trata do atual 'soberano'. Agamben irá dizer que: “o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”.²⁶⁴ Não há necessidade de muito esforço para perceber, nas decisões do STF, que os Ministros se autoproclamam os atuais soberanos. Portanto, deve-se refletir sobre este paradigma à luz das constatações feitas por Agamben, a respeito do Estado de Exceção:

[...] vale a pena refletir sobre a topologia implícita no paradoxo, porque somente quando tiver sido compreendida a sua estrutura, tornar-se-á claro em que medida a soberania assinala o limite (no duplo sentido de fim e de princípio) do ordenamento jurídico.²⁶⁵

Segundo Carl Schmitt, “o soberano é quem decide sobre o estado de exceção”²⁶⁶; bem como a estrutura da exceção pode ser visualizada através do ato de suspender a lei e destacar a decisão, que se diferencia da norma. O autor sustenta que, como todas as outras ordens, a ordem legal se funda em

²⁶² RE 203859 fls. 27.

²⁶³ RE 203859 fls. 27, grifei.

²⁶⁴ AGAMBEN. *O Homo sacer*...p. 23.

²⁶⁵ Ibid., p. 24.

²⁶⁶ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.7.

uma decisão e não em uma norma. Para Schmitt “a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito.”²⁶⁷

Assim, coloca-se o paradoxo, pois não se trata nem de uma situação de fato, nem de uma situação de direito, há apenas indiferença. De acordo com Agamben: “Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei.”²⁶⁸

É interessante notar, desde logo, que a partir da perspectiva de que os Ministros são os “interpretes maiores”, “os guardiões da constituição”, que sua função é a de “exegeta maior”;²⁶⁹ assim como não há uma sistematização na forma em que decidem, mas apenas certos lugares comuns argumentativos utilizados pelos magistrados, não seria precipitado, pois, dizer que há um discurso/escudo “Guarda da Constituição”.²⁷⁰ Este é utilizado em qualquer momento, a fim de legitimar suas decisões, ou seja, este discurso/escudo pode estar ocultando as pré-compreensões dos Ministros do STF.²⁷¹

A suspensão dos enunciados normativos ocorre de maneira velada, já que o STF flexibiliza a Constituição de forma sutil, ao se utilizar como fundamento que ele é o exegeta maior, bem como possui a: “**missão de intérprete final da Lei fundamental.**”²⁷² Ao decidir utiliza-se de fundamentos os mais diversos, a fim de legitimar seus julgados. “Eu sou o guarda da Constituição”, e desta forma decido da maneira como eu quiser. Pode-se dizer que há a figura de um “self-service” normativo, em que o juiz decide conforme a situação.

A forma superficial em que são tratados os conceitos informa que não há uma linha de pensamento no Tribunal. O STF utiliza argumentos com a

²⁶⁷ Idem., p. 14.

²⁶⁸ AGAMBEN. *Homo sacer*..., p. 24.

²⁶⁹ Expressões retiradas dos documentos utilizados neste trabalho. ADI 2797, fls. 36/37;ADPF 4, fls. 35.

²⁷⁰ Utiliza-se a expressão “Guarda da Constituição”, retirada dos dados empíricos como sinônimo de outras, como, por exemplo: “intérprete maior”, “exegeta maior”.

²⁷¹ Salienta-se que a partir desta análise outras questões surgiram, entre elas: “Será que há outros interesses por traz deste discurso/escudo? Se sim, quais são estes interesses?” No entanto, não foi possível realizar esta investigação, mas, talvez, sirva para próximas pesquisas.

²⁷² ADI 2797, fls. 36/37.

pretensão de legitimar qualquer uso dos enunciados normativos. É perceptível a ausência de uma análise minuciosa, por parte dos Ministros, a respeito da sua função. Além disso, estes discursos que enaltecem o papel do Tribunal demonstram uma construção e um reforço da identidade coletiva desta instituição. No entanto, tal postura acaba possibilitando que o juiz decida da forma como quiser.²⁷³

Os Ministros utilizam o discurso/escudo “Guarda da Constituição”, que pode ser uma maneira de ocultar uma pseudo vinculação com a Constituição que é flexibilizada quando necessário. A relação não possui nenhum conteúdo, já que é dada em um abandono,²⁷⁴ isto é, uma ligação de “bando”, que segundo Agamben, se trata da

[...] pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato. Neste sentido, ele se identifica com a forma limite da relação. Uma crítica do *bando* deverá necessariamente pôr em questão a própria forma da relação e se perguntar se o fato político não seria por acaso pensável além da relação, ou seja, não mais na forma de um relacionamento.²⁷⁵

Ao se utilizar da argumentação “Guarda da Constituição”, percebe-se que não há nada além da lei, apenas um vazio, já que a norma nada prescreve, ou seja, não possui nenhum conteúdo. A Constituição vige sem significado, “vigora como o puro nada da revelação.”²⁷⁶

²⁷³ Garapon alerta que a função de guardião da moralidade pública ocupada hoje pelo juiz traz em contrapartida a preocupação deste exercício por profissionais pouco qualificados. Segundo o autor: “Almejam ser considerados como o último refúgio da moral e do desinteresse em uma República abandonada pelos seus servidores. Essa demanda desperta o velho demônio inquisitório, sempre presente no imaginário latino. São novas expectativas que surpreendem uma magistratura ainda pouco preparada para o exercício desse papel, provocando os exageros, em número reduzido, é verdade, mas que ainda assim merecem ser analisados, ao menos para que sejam conjurados”. GARAPON. Op. cit., p. 55.

²⁷⁴ Nesta relação de “abandono” não se pode esquecer dos indivíduos que são os principais atingidos, ou seja, os abandonados. Segundo Dufour: “o estado aparente de liberdade promovido pelo liberalismo é totalmente enganador. [...] Os novos sujeitos do mundo pós-moderno mais parecem abandonados que livres – eu estou livre, abandonado”, dizia muito precisamente o narrador de O inominável. Esses novos sujeitos estão tão livres, que na realidade, estão abandonados, isto é, ‘banidos’ [mis ou band]’.[...]”. DUFOUR. Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**. Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, p. 109.

²⁷⁵ AGAMBEN. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua I. p. 36.

²⁷⁶ **Homo Sacer**. p. 59.

Salienta-se que o estado de exceção é um espaço jurídico vazio, em que, de um lado, a lei está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, as decisões adquirem ‘força’. Nesse sentido, é que a Constituição pode ser suspensa pela decisão soberana, ela é aplicada desaplicando-se. Este discurso/escudo “Guarda da Constituição” pode ser uma estratégia para suspender a norma e destacar a decisão.

[...] Ora, **o intérprete máximo da Constituição é o Supremo Tribunal Federal**. [...] o perigo que haveria em proclamar tese que, na prática, significaria submeter as decisões da Corte a uma espécie de referendo do parlamento, não apenas porque ficaria na dependência da inexistência de qualquer manifestação negativa quanto às decisões do Supremo [...] como porque, no caso, se estimaria que o Parlamento pudesse mudar vinculativamente a interpretação do Supremo Tribunal Federal.²⁷⁷

O STF alega que as coisas mudaram, no sentido de que já se sente a força vinculante da Constituição²⁷⁸, para o Tribunal: “É certo que a força

²⁷⁷ ADI 2797, fls. 102, grifei.

²⁷⁸ Apenas para ficarmos em alguns exemplos, vejamos o que diz o caput do artigo 227 da Constituição Federal: **Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (grifei) Por outro lado, em um dado de realidade no ano de 2005, no Brasil, havia 5,4 milhões de pessoas de 5 a 17 anos trabalhando, sendo que 53,9% delas tinham idade inferior a 16 anos. Disponível em <www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=774> acesso em: 28/12/2007. No que diz respeito à educação: **Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.** Um dos objetivos do plano nacional da educação é a erradicação do analfabetismo (inciso I, artigo 214 da CF), no entanto o Brasil, em 2005, contava com cerca de 14,9 milhões de pessoas de 15 anos ou mais analfabetas segundo os dados da PNAD (pesquisa nacional por amostra de domicílio) daquele ano correspondendo a 11% da população. No contexto latino-americano, países como Argentina e Chile apresentam apenas taxas residuais de analfabetismo (em torno de 3%). Salienta-se que em se tratando de analfabetismo funcional este número alcançava 23,5%, em 2005. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=774> Acesso em: 28/12/2007 Em se tratando dos direitos sociais o artigo 6º descreve que: **Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição** Não obstante, quase 30% das moradias brasileiras não têm serviço de rede de esgoto. Os dados da Pnad 2006 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), indicaram a "inadequação clara ou inexistência do esgotamento

irradiadora e vinculante da Constituição demorou a se fazer sentir, [...] Mas isso mudou.”²⁷⁹ Que realidade é esta descrita pelo Supremo, em que está a “força irradiadora e vinculante” da Constituição? Percebe-se que há uma dificuldade em olhar os fatos em detrimento de como deveriam ser, o STF observa o dever ser. O hiato constitucional está colocado, ou seja, compreende-se a quebra do ordenamento constitucional, em razão da não correspondência entre realidade social e Constituição.

Pode-se perceber que, tanto nas decisões que representam a forma da lei – pura vigência sem significado –, quanto na aplicação sem vigência – pura decisão –, o STF suspende a Constituição. Não se trata, pois, nem de mera revelação da verdade contida na lei, nem tampouco de uma aplicação conforme a pré-compreensão, que o Tribunal possui a respeito de determinado caso.

A norma jurídica – todos sabemos – nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação.

É preciso ter presente, neste ponto, que **não obstante** os limites impostos à sua função [esta falando do Tribunal Superior Eleitoral...] **não se reduz** à condição de mero órgão de reprodução literal e de transcrição material do ato legislativo cujo conteúdo busca desenvolver, pormenorizar e explicitar, **fundado** em sua própria **pré-compreensão** do texto legal.²⁸⁰

3.3 O Fenômeno da Jurisdicionalização

A crescente intervenção do poder judiciário, em várias instâncias da vida pública e privada, sugere que tudo pode ser resolvido através de uma sentença. O juiz tem sido convocado em número cada vez mais extenso de

sanitário em 29,4% dos domicílios brasileiros”.Disponível em:<Noticias.uol.com.br/ultnot/brasil/2007/09/14/ult2041u261.jhtm>. Acesso em: 14/09/2007.

²⁷⁹ RE 201819-8, fls. 49, grifei.

²⁸⁰ ADI 2628, fls. 117, grifos do original.

questões da vida comunitária, dentre as quais na vida política, onde se desenvolve pelo mundo afora o que os norte-americanos chamam *judicial activism*, e também na vida econômica, internacional, moral, social e até mesmo na vida privada.²⁸¹

Como sintoma, temos o ativismo judicial, mas que não é mais que uma peça de uma engrenagem complexa, que está diretamente vinculada ao fenômeno da hipermodernidade. Esta demanda pelo judiciário demonstra-se contraditória, pois ao mesmo tempo em que os indivíduos exigem a desregulamentação, clamam por regulamentação. Segundo Raul Henrique Rojo,

[...] este poder crescente da Justiça oculta dois fenômenos aparentemente muito diferentes – senão contraditórios – cujos efeitos convergem e se reforçam mutuamente: o enfraquecimento do Estado sob a pressão do mercado, de uma parte, e o abalo simbólico do homem e da sociedade democráticos, por outra.²⁸²

As transformações que ocorrem no Poder Judiciário, através da sua crescente intervenção na vida dos cidadãos, não são fenômenos transitórios,²⁸³ mas, de forma oposta, é mais uma das características das infinitas mutações que vem sofrendo a sociedade e o Estado, o que se tem chamado neste trabalho de fenômenos hipermodernos.

Nesse sentido, é que uma das características da cultura hipermoderna é o enfraquecimento do poder regulador das instituições, ao lado disso a autonomização dos indivíduos. Como consequência, o homem demonstra a sua fluidez e independência social, mas essa volatilidade humana traduz a perda das estabilidades e não, como se poderia sugerir, o triunfo de sua independência. Prova disso, de acordo com Lipovetsky

²⁸¹ Luiz Werneck Vianna e outros realizaram uma excelente pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário em suas relações com a política e a sociabilidade no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²⁸² ROJO. Raul Henrique. **A nova cena da democracia jurídica**. Disponível em: <www.direito.ufrgs.br/2005.05.30%20-%20Raul%20Rojo%20%20A%20NOVA%20CENA%20DA%20DEMOCRACIA%20JUDICIAL.do>. Acesso em: 09/03/2005.

²⁸³ ROJO. Op., cit. p. 2.

[...] é o aumento de sintomas psicossomáticos, de distúrbios compulsivos, de depressões, de ansiedades, de tentativas de suicídio, para não falar do crescente sentimento de insuficiência e autodepreciação. Vulnerabilidade psicológica que (ao contrário do que tanto se diz) se deve menos ao peso extenuante das normas do desempenho, à intensificação das pressões que se abatem sobre as pessoas do que à ruptura dos antigos sistemas de defesa e enquadramento dos indivíduos. [...] ²⁸⁴

A discricionariedade, ou quiçá, arbitrariedade dos Ministros torna-se preocupante, pois a interpretação passa a gerar insegurança, e o intérprete adquire cada vez mais poder político, que de acordo com a sua posição assume particular relevância. Por isso, é maior a reprovação quando se trata de decisões do STF, pois estas influenciam os demais tribunais do país.

Para Carlo Guarnieri não há como negar que a criatividade do juiz hoje é um fato amplamente reconhecido, no entanto isso não significa que esta atividade possa ocorrer com total liberdade. O autor alerta que a revolta contra o formalismo, juntamente com a negação de que o papel do juiz não é de um mero aplicador da lei, encontra suas bases em uma série de fatores mais complexos. ²⁸⁵

De acordo com a tradição constitucionalista, o juiz deveria decidir conforme as leis que eram, ao mesmo tempo, o fundamento e o limite de seu poder. No entanto, hoje o juiz tem decidido com uma profundidade muito diferente. O vínculo com a lei, cada vez mais se enfraquece. O magistrado tem se tornado intérprete de questões, as mais diversas e duvidosas.

Esta visão desdobra-se em diversas perspectivas, todas convergentes no sentido de desvalorizar o direito e sendo assim, a própria legalidade. Menosprezado o papel da legalidade no âmbito estatal, conseqüentemente ocorre o mesmo entre as relações interpessoais. Conforme Cárcova "os compromissos não são assumidos, as convenções não são cumpridas e uma sensação geral de desproteção e de impunidade percorre, [...] os interstícios da

²⁸⁴ Lipovetsky, p. 84.

²⁸⁵ GUARNIERI, Carlo. *Indipendenza Del giudice, potere giudiziario e democrazia*. In: GUARNIERI, Carlo. **Magistratura e política in Italia**. Pesi senza contrappesi. Bolonha, Il, Mulino, 1993, p. 25.

vida social."²⁸⁶ Neste diapasão, Faria coloca as conseqüências desta crise no Brasil:

[...] novas formas de atuação política obrigaram ao Estado brasileiro a promover constantes ajustes no que se refere à organização sócio-econômica e político-administrativa do país, sem, enquanto isto, conseguir superar as próprias contradições em que tal organização se assenta. Nesse processo de ajuste, a brecha cada vez mais profunda entre o sistema jurídico e os interesses em conflito de uma sociedade em transformação, potenciada pelas tradicionais dificuldades do Poder Judiciário para adaptar-se a novos tempos conduziu a uma progressiva desconfiância tanto na objetividade das leis, como critério de justiça quanto em sua efetividade como instrumento de regulamentação e direção da vida sócio-econômica. **Deriva daí uma certa banalização da ilegalidade e da impunidade que passou a caracterizar a 'imagem' do Brasil contemporâneo.** A imagem de que os códigos haviam se transformado em simples ficção e de que sua violação sistemática se havia convertido em regra geral, expressando as falências das instituições jurídicas-judiciais, tornadas anacrônicas por não haver sabido renovar-se.²⁸⁷

Hannah Arendt explica que o processo de decadência do Estado nação inicia com a crise de legalidade; conseqüentemente, para a autora: “a nação perde a 'crença' em suas próprias leis, sua capacidade de ação política responsável; as pessoas deixam de ser cidadãos.”²⁸⁸ Assim, só lhes restam os costumes e as tradições, que ao menor dissabor dos ventos são gravemente abalados.

Se de um lado as decisões do STF não são o exato sentido da Constituição, de outro, o significado da norma não depende da livre escolha desta Corte. Os apontamentos de Abramovich elucidam os fenômenos por estas latitudes:

²⁸⁶ CÁRCOVA, Carlos María. Direito, Política e Magistratura. Trad. Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTR, 1996, p. 151.

²⁸⁷ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico, in: FARIA J. E. & Malheiros (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: São Paulo, 1994. Grifei.

²⁸⁸ ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Remule-Dumará, 1993, p. 46.

A sombra do 'exitoso' ajuste econômico chileno desenvolvido sob um regime político autocrático, a deficiente acumulação de poder político para o ajuste em outros países da região, nos quais se imputam os magros resultados à lentidão e obstrução dos órgãos parlamentares, e o recente autogolpe peruano que irradia sua onda expansiva por toda a América do Sul, constituem um ambiente adequado para o aprofundamento do **discurso decisionista. Surgem textos jurídicos assim inspirados**; os fundamentos da lei de emergência econômica; dos decretos de necessidade e urgência[...].²⁸⁹

Nessa cena, o juiz passa a ocupar a figura de um guardião da moralidade pública, no entanto segundo Garapon: “Não seria prudente anteciparmos o mal e procurar imunizarmo-nos? E de que maneira?”²⁹⁰

3. 4 A Responsabilidade do Juiz

Os julgados verificados neste trabalho revelaram que não há como saber quando o texto constitucional será modificado. Não há também como, neste trabalho, afirmar o que motivou a alteração normativa e como a Constituição é interpretada. Há afirmações por parte do STF de que a qualquer momento suas decisões poderão ser alteradas.

[...] Até não nos surpreendemos com esse tipo de consideração, se examinarmos, por exemplo, essa questão de ontem, aqui colocada, em que já houve várias decisões nas Turmas dizendo que a matéria não era de índole constitucional ou coisa e tal. **É normal que isto ocorra.**²⁹¹

Sabe-se que o legislador não possui a previsão normativa para todas as questões, no entanto não há segurança quanto à interpretação constitucional. Em outras palavras, não há como prever que essa transformação legal ocorra em observância com a Constituição. Ost irá dizer que

²⁸⁹ ABRAMOVICH, Victor B. Atame! , n.º 6, p. 10. Grifei.

²⁹⁰ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia.** O guardião das promessas. Editora Revan. p.55.

²⁹¹ AI AGR 460439, 71,72.

[...] Não estamos seguros, contudo, de que a mutabilidade contemporânea da lei derive sempre desse cuidado de harmonizar as promessas; em casos demasiadamente numerosos, ela é, antes, explicada pela ação desinstituinte dos interesses particulares e a dificuldade de decidir nos regimes assediados pelas forças centrífugas dos lobbies.²⁹²

A decisão judicial transitória demonstra a flexibilização da Constituição, visto que há a necessidade de adaptá-la ao tempo presente, mas o Tribunal não expõe de maneira clara como ocorre esta adequação. A descrição, portanto, do documento acima demonstra a forma como a Constituição vem sendo aplicada, ou seja, segundo a vontade do julgador.

O ato interpretativo para o Supremo está sujeito às mudanças históricas, agindo dessa forma pressupõe uma constituição dinâmica. Ou seja, os enunciados normativos são atualizados pelo STF, conforme o momento atual. Dessa forma, é que não há norma jurídica senão norma interpretada. No entanto, um dos aspectos problematizantes dessa concepção é a função criativa e o alto grau de discricionariedade do juiz.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a **mudança de valorção**. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. [...]²⁹³

Para o STF é normal que ocorram mutações em sua forma de decidir, contudo ele não descreve quais são as causas que o levam a modificar seu entendimento; bem como a descrição do voto do Ministro Marco Aurélio: “**ante tal evolução, vou reconsiderar certas decisões** – que estão sendo impugnadas mediante agravo – em que homenageava aquela jurisprudência

²⁹² OST. **O tempo do direito...**p. 301,302.

²⁹³ RE 165438, fls. 39.

anterior que, **em boa hora, é revista.**²⁹⁴ Alterou-se determinada compreensão do Tribunal, mas não é exposto de que forma e o porquê.

O STF possui a perspectiva de que é seu dever atualizar a Constituição, no sentido de propiciar uma mudança normativa, através de suas novas orientações. Pretende, assim, a “evolução” na postura que vinha assumindo, podendo declarar uma norma inconstitucional, que antes era constitucional ou vice e versa.

Não há como duvidar que a lei seja interpretada de acordo com o caso concreto, podendo ser modificada através de uma nova reorientação jurisprudencial. Segundo Ost: “seria um erro representar-se a lei sob a forma de um espartilho rígido que não dá nenhuma margem de ação aos atores [...]”.²⁹⁵ Ao comparar o papel dos magistrados aos autores literários, o autor destaca que: “certamente o poeta e o romancista reinventam a língua ocasionalmente, [...] mas nem por isso eles podem ignorar certas regras do jogo da comunicação, nem as leis universas de produção de sentido.”²⁹⁶ Portanto, guardadas as devidas diferenças, muito embora o juiz deva decidir conforme o caso, ele não está autorizado a suspender a lei para decidir a causa.

Não se trata de uma crítica a interpretações, que possam alterar o sentido do texto, mas de uma recusa na possibilidade de que o próprio texto normativo seja modificado de forma arbitrária.

[...] os juízes se fizeram mestres na arte de camuflar a novidade das construções que eles propõem: a se acreditar neles, não fariam mais que criar soluções que nunca cessaram de inspirar os legisladores ou seus predecessores. Mas **estes artifícios retóricos não enganam**: em certo número de casos – quando se ultrapassa um patamar, por uma interpretação “evolutiva” e, com certeza, em caso de “viravolta da jurisprudência” –, vemo-nos confrontados com **uma regra nova e não mais com uma modulação da regra antiga.**²⁹⁷

²⁹⁴ RE 1654384, fls. 25.

²⁹⁵ OST, François. **Contar a lei**. As fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 20.

²⁹⁶ Idem. p. 21.

²⁹⁷ OST. **O tempo do direito...** p. 180/181, grifei.

Salienta-se que estas questões não são solucionadas pelo juiz “boca da lei”, pelo “juiz Hércules”, pelo “juiz neutro”, em suma, por alguma crença na descoberta da verdade do caso concreto. A tão sonhada segurança jurídica, pilar do ordenamento jurídico positivo não existe. Não havendo estes juízes ideais e sim uma outra pessoa que deve decidir os casos oriundos de uma sociedade complexa, que tipo de confiança há se este direito hipermoderno abala a segurança no decidir, destacando a subjetividade do intérprete?

Afirmar que o positivismo jurídico não responde aos anseios da sociedade e que as velhas teses reducionistas que viam no juiz um mero aplicador da lei, já estão fora de discussão, não há dúvida.²⁹⁸ Também não é menos certo, segundo Cárcova: “que seu obrigado teleologismo traz o risco de um disparate decisionsita.”²⁹⁹ Corre-se o perigo de uma hipertrofia na função do poder judiciário ao privilegiar as situações fáticas em detrimento da norma, o que estaria violando valores democráticos, ainda que formais, que ninguém está disposto a renunciar como, por exemplo, a legalidade, a tipicidade e os direitos fundamentais.³⁰⁰

Admitir, portanto, que ao magistrado não cabe a revelação da verdade legal, está diretamente vinculada à questão da responsabilidade de sua função. Dessa forma, quanto maior a liberdade interpretativa maior é a responsabilidade que possuem os intérpretes.

A idéia de uma responsabilidade de todos não se trata somente de uma promessa feita ao outro, mas também de uma promessa interna, feita a si mesmo, de cujo cumprimento cuida a consciência de cada um. Respeitar o outro, só é possível se houver o respeito por si mesmo. Segundo Garapon “não podendo pretender uma independência radical, o juiz pode, numa democracia, assumir apenas o status de terceiro incluso, sempre responsável por seus julgamentos perante a comunidade política.”³⁰¹

²⁹⁸ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, Política e Magistratura**. Trad. de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTR, 1996, p. 168.

²⁹⁹ Idem, p.168-169.

³⁰⁰ Ibidem, p. 169.

³⁰¹ GUARAPON, 244.

O Tribunal descreve que possui consciência de sua responsabilidade, mas a dúvida que paira é se estas palavras não são mais uma estratégia para maquiar as suas decisões.

O **inaceitável** desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. **Ao menos**, enquanto houver um Poder Judiciário independente **e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional**.³⁰²

A precondição de todo julgamento está vinculada à questão da responsabilidade. Com Hannah Arendt aprendeu-se que há no mínimo três níveis de responsabilidade, quais sejam: por si mesmo; pelo outro e a responsabilidade com o mundo.

A responsabilidade por si não exige uma inteligência superior, nem tão pouco uma excessiva sutileza em questões morais, trata-se, segundo Arendt, da “disposição para viver explicitamente consigo mesmo, [...], isto é, estar envolvido naquele diálogo silencioso entre mim e mim mesma que, desde Sócrates e Platão chamamos de pensar.”³⁰³

O pensamento é o pressuposto de todo julgamento, que nada mais é que a capacidade de viver consigo, quer dizer, cingir-se em um diálogo com sua própria pessoa. Desta forma, pode-se dizer que quando o juiz julga deve refletir sobre as conseqüências de seu ato, bem como se será possível conviver consigo mesmo após a tomada de uma decisão.³⁰⁴ Conforme Arendt os homens mais confiáveis “serão aqueles que têm apenas uma única certeza: independentemente dos fatos que aconteçam enquanto vivemos, estaremos condenados a de (sic) viver conosco mesmos.”³⁰⁵

Muito embora o homem nasça entre os outros a percepção de que os indivíduos são constituídos em pluralidade não tem sido algo fácil de presumir-se. A formação do respeito pelo outro deve ser um exercício contínuo, uma

³⁰² ADI-MC 2010, fls. 90, grifos do original.

³⁰³ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 107.

³⁰⁴ Idem, p. 107.

³⁰⁵ Ibidem., p. 108.

tarefa constante do cultivar a alteridade, de assumir a responsabilidade por si, pelo outro e pelo mundo. Já que os homens só aparecem em ação, e que esta só é visualizada entre os outros, pode-se dizer que os três níveis de responsabilidades, possuem uma característica comum: “o espaço-entre indivíduos, que os engendra e lhes confere esse mesmo poder.”³⁰⁶

Salienta-se que a responsabilidade pelo mundo, pressupõe poder político. O aumento da liberdade interpretativa dos magistrados traz em contrapartida um aumento de sua responsabilidade. Não há dúvida, pois da grande responsabilidade que possui o STF.

Juiz, pelo sistema brasileiro, simultaneamente do TSE e do Supremo, cabe-me, hoje, vestir a **capa de juiz do Supremo e assumir responsabilidade, que ela traz, de errar por último,**³⁰⁷

Novamente insiste-se, em uma ética da responsabilidade que avalia as ações de acordo com as conseqüências e a capacidade do magistrado de responder por elas, como uma forma de colocar um limite na atuação decisória do STF. O obstáculo da propositura de barreiras na sua atuação decisória passa, necessariamente, pela retomada da capacidade de pensar, julgar e responder.

Contudo, alerta-se que “o excesso de ética anula a ética!”³⁰⁸ O controle exagerado sobre a função do magistrado pode acarretar uma fiscalização inoportuna para a democracia, que colocaria em risco a independência do poder judiciário, ocasionando o contrário do pretendido.

[...] a ética do juiz só pode recair sobre o equilíbrio, sobre a medida exata, sobre a prudência inscrita no âmago de sua missão. Seria preciso também renunciar a qualquer controle dessa prudência? A responsabilidade não é só um problema de

³⁰⁶ ASSY, Bethânia. Introdução à edição brasileira. “FACES PRIVADAS EM ESPAÇOS PÚBLICOS”. Por uma ética da responsabilidade. p31-60. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**...p. 58. Arendt analisando a obra de Agostinho verificou que: “a palavra viver sempre coincidiu com *inter homines esse*, estar em companhia de homens”. ARENDT, Hannah. O Conceito de História: Antigo e Moderno. In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. 2000: Perspectiva, 2000. p.107.

³⁰⁷ ADI 2628, fls. 127.

³⁰⁸ GARAPON. Op. cit., p. 256.

consciência pessoal e de ética profissional; ela deve poder, se for o caso, ser sancionada. É o constrangimento público que distingue a regra jurídica da regra moral. [...] um Estado de direito deve organizar suas defesas na base do *bad judge*, quer dizer, do juiz preguiçoso, burocrata, parcial, extremista.³⁰⁹

A função do magistrado, que Garapon denomina de “guardião das promessas”, pressupõe que a justiça “é guardiã do direito, ou seja, dos pactos anteriores que nos ligam”.³¹⁰ Sua tarefa é a de garantir a identidade da democracia. Esta compreendida como uma imagem que pode ser modificada através do tempo, mas que permanece como uma promessa que deve ser cumprida.³¹¹

As promessas da democracia possuem uma dupla face, ou seja, são o controle e o limite do desenvolvimento interpretativo do magistrado. Dessa forma, ainda que a própria Constituição Federal, em seu artigo 102³¹², estabeleça que compete ao STF a sua guarda, atribuindo-lhe, portanto, a função de ser o guardião dos direitos constitucionais, esta tarefa não é totalmente livre, há uma linha demarcatória em sua atuação interpretativa. Não obstante pareça, a todo o momento, que o STF a ultrapasse.

O Supremo Tribunal Federal – que é o **guardião** da Constituição, por expressa **delegação** do Poder Constituinte – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, a **integridade** do sistema político, a **proteção** das liberdades públicas, a **estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, a **segurança** das relações jurídicas e a **legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.³¹³

Talvez, seja necessário encontrar um terceiro para controlar a função do tribunal. Nesse sentido, Garapon se questiona: “A necessária irresponsabilidade dos juízes diante das instâncias de direito comum, porque eles são seus guardiães, deve ser compensada por uma responsabilidade

³⁰⁹ Idem, p. 256.

³¹⁰ Ibidem, p. 237.

³¹¹ OST. **O Tempo do direito...** p. 111.

³¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, [...]

³¹³ ADI-MC 2010, fls. 90, grifos do original.

especial e suplementar. Como dispô-la concretamente?”³¹⁴ Não há respostas para a questão, mas deve-se compreender que a liberdade e a responsabilidade do Tribunal devem estar, necessariamente, entrelaçadas.

³¹⁴ GUARAPON. Op. cit., p. 254.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tem como objetivo compreender o direito contemporâneo, mediante reflexões a respeito de decisões do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, foi possível verificar as principais características dos dados analisados, quais sejam: a dificuldade de classificá-los de forma estanque em alguns dos paradigmas do direito, tratados no primeiro capítulo – o positivismo, o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo – ; a superficialidade na forma de decidir dos Ministros, isto é, a falta de argumentação em suas decisões; e, por fim, a percepção pelo STF de que ele é o “Guarda da Constituição”, declarando, dessa forma, que possui a liberdade de decidir segundo a sua vontade.

Na tentativa de verificar o paradigma de direito dominante nos julgados do STF, e diante da dificuldade em realizar tal tarefa, percebeu-se que esses modelos de direito não se apresentam de forma excludente, como havia se imaginado. A ineficácia em tentar catalogar esses acórdãos, em algum paradigma, ocultava a compreensão dos documentos analisados.

Logo, percebeu-se que as características dos paradigmas do direito haviam se somado, muito embora em suas origens tenham surgido com a intenção de crítica. Do positivismo jurídico herdaram-se os códigos, as constituições e os princípios; o neoconstitucionalismo e o direito reflexivo, por sua vez, influenciaram o surgimento de juízes que, a partir do direito constitucional e de um direito procedimental de urgência, passaram a interpretar as normas com uma ampla liberdade.

O modelo de direito verificado nos documentos analisados, a princípio, é inclassificável, visto que há um sincretismo paradigmático. Nessa perspectiva, inferiu-se a presença de um direito “hipermoderno”, caracterizado pela fluidez, liquidez, ou seja, um direito que de alguma forma transita entre uma corrente doutrinária e outra. Sua qualidade é não estar vinculado, restritivamente a nenhum paradigma.

Ainda que o momento atual possa ser rotulado de provisório, talvez seu período de transformação cristalize-se no tempo. Em outras palavras, o constante processo de mutação, por que passa o direito, pode ser uma das características deste novo modelo.

Através da análise dos julgados pode-se verificar também que qualquer discurso do STF é admitido, já que cabe aos seus Ministros a última palavra em se tratando do texto constitucional, isto é, suas decisões são irrecorríveis. Foi nesse sentido que se descreveu que há um discurso/escudo “Guarda da Constituição”, que pode estar ocultando as verdadeiras razões da decisão.

No entanto, deve-se encarar a realidade do juiz, um homem como qualquer outro, que irá decidir conforme os seus pré-conceitos, valores, juízos e ideologias. Questiona-se, portanto: o que está na base da sua decisão, qual a sua fundamentação para decidir de determinada forma e não de outra? Talvez estes sejam novos problemas para futuros trabalhos.

Insiste-se, pois neste aspecto: o juiz não decide somente com base na lei, e aqui não está identificado o problema, seria até mesmo uma falsa alegação acreditar que a norma é a fundamentação para a sua decisão e ponto final. O magistrado deve admitir seus posicionamentos e a teoria que lhe serve de base, esta é a questão. Para evitar equívocos alerta-se que este trabalho não configura uma crítica a interpretações, que possam alterar o sentido do texto, mas de uma recusa à possibilidade de que o próprio texto normativo seja modificado de forma arbitrária.

A partir destas análises outras questões surgiram que, provavelmente, serão analisadas em outras pesquisas. Assim, “Será que há outros interesses por traz deste discurso/escudo Guarda da Constituição? Se a resposta for afirmativa, quais são esses interesses? Admitindo-se que não há segurança jurídica – pilar do ordenamento positivo – que espécie de confiança pode-se esperar do Poder Judiciário? Qual é o limite para a interpretação do magistrado cujo paradigma é o Estado Democrático de Direito? A Constituição Federal é este limite?

Por fim, todas as questões levantadas neste trabalho não são solucionadas pelo juiz “boca da lei”, pelo “juiz Hércules”, pelo “juiz neutro”, em

suma, por alguma crença na descoberta da verdade do caso concreto. Admitindo que se hoje o direito não é a lei, mas o resultado da interpretação da lei – é importante que sejam colocados limites para a interpretação jurídica. Tarefa que não será das mais fáceis, mas imprescindível...

Salienta-se que se coloca um ponto final nesta pesquisa, não com a intenção de finalizá-la, já que trabalhos nunca são finalizados, podem ser abandonados, mas concluídos jamais. Assim, fica o sentimento de que há muito ainda para ler e interpretar, em relação ao direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

_____. **O estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Danielle Silveira de. **"Vistos, relatados etc"**: Uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. 81 fl. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis-SC, 2002.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Remule-Dumará, 1993.

_____. O Conceito de História: Antigo e Moderno. In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 69-126.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASSY, Bethânia. Introdução à edição brasileira. "FACES privadas em espaços públicos". Por uma ética da responsabilidade. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 31-60.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.259 – 278.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Caderno Mais!** [20.10.2005] Maria Lúcia Garcia Palhare-Burke, São Paulo: **Folha de S. Paulo**, p. 4 - 9.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo - SP, v. 61, 2004, p. 5-24.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed., 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 9. ed., 2000.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22 ago.2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo:RT, 1999.

Brasil. **Decreto-lei n.º 2.848, de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso: ago. 2007.

BRASIL. **LEI 9.783 de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccil_03/Leis/L9783.htm. Acesso em 22 ago.2007

Brasil. **LEI 4.737 DE 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em 22 ago. 2007.

BRASIL. **LEI 9.504 de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em 22 ago.2007

CARBONELL, Miguel et al. (Org.). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 11-12.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTR, 1998.

_____. **Direito, Política e Magistratura**. Trad. de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTR, 1996.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa**, Alicante, n. 12, p. 1992.

_____. Pospositivismo. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21, 1998, p.209-220.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, v. II, n. 21, 1998, p. 79-87.

CLIFFORD, James. “Sobre a autoridade etnográfica”.In. **A experiência etnográfica**. Antropologia e literatura no século XX. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.1998.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**: Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. Direito, Filosofia e Interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 5, jan/jun., 1997, p. 44-71.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Jose Eduardo. A efetividade do direito na pós-transição democrática. **Oñati Proceedings**, Oñati, n. 20, 1995, p.103-140.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico, In: FARIA J. E. & Malheiros (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: São Paulo, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-30.

_____. El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergência de la ealidad. In: IBANEZ, Andre (org.). **Corrupción y Estado de Derecho**. El papel de La jurisdición. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 15-29.

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 1-5.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

GEERTZ, Clifford. **Interpretação das Culturas**. Trad. Rio de Janeiro, RJ: LTC.

_____. **O saber local**. Novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Mello Joscelyne. 8.^a ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

GÊNESIS 11,1-9. In: **BÍBLIA SAGRADA**. Trad. João Ferreira de Almeida. 2.ed., Barueir - SP: Sociedade Bíblica do Brasil. 1993. p.9.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUARNIERI, C. Indipendenza del giudice, potere giudiziario e democrazia. In: GUARNIERI, Carlo. **Magistratura e politica in Italia**. Pesi senza contrappesi. Bolonha, Il Mulino, 1993, p. 13-49.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Volume I, e 2.ed., Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6.ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZIMA, José Wanderely. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap. 13, p. 349-371.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Tradução José Lamago. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri (SP): Manole, 2005.

LUCENA, Maria Inês Probest. **Razões e Realidades no modo como as professoras de inglês como língua estrangeira de escola pública avaliam seus alunos**. 2006. 185 f. Tese (Doutorado) - Curso de Letras, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

LUCHINI, Natália. **Democracia e Controle de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. 2007. 75 f. Monografia (Escola de Formação) - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I e II.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9.ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Democracia e controle de constitucionalidade**. 2005. 145f. Dissertação (Mestre em ciência política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

MIRAGLIA, Paula. **Aprendendo a lição**. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Novos estud. - **CEBRAP**, jul. 2005, n.72, p.79-98.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e função do direito na teoria da sociedade**. Florianópolis. 1994. 135f. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. **Doxa** n.º 14, 1993, p. 179-194.

_____. **Contar a lei**: As fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. 2007. 258f. Tese (Doutor em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**. Uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 2007 68 f. Monografia (Escola de Formação) - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: Faria, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-27.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. 5.ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ROJO, Raul Henrique. **A nova cena da democracia jurídica**. Disponível em: www.direito.ufrgs.br/2005.05.30%20-%20Raul%20Rojo%20%20A%20NOVA%20CENA%20DA%20DEMOCRACIA%20JUDICIAL. Acesso em: 09/03/2005.

RODRIGUEZ, César. **La decision Judicial** – El debate Hart Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de los Andes, 1997.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar**: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri - ritual lúdico e teatralizado -. 2002. 284 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia Social, USP, São Paulo, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O fahrenheit sumular no Brasil**: controle panóptico da justiça. Disponível em: http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17. Acesso em: 10/01/2008.

TAVOILLOT, Pierre-Henri. Prefácio. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2005, p. 7-9.

TOURAINE. Alain. **Crítica da modernidade**. Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget. 1994.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Idéias e instituições na modernidade jurídica. In: **Revista Sequência**, n. 30, ano 16, junho de 1995, p. 17-23.

REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

Decisões Judiciais

Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 460439; DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 17/08/2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Medida Cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 4. DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 02/08/2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Habeas Corpus n.º 82959.; SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Recurso Extraordinário n.º 201819.; RJ. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 11/10/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n.º 165438.; DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 06/10/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/09/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Questão de ordem na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3045. DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 1/08/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma Habeas Corpus n.º 85687.; RS. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 17/05/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma Habeas Corpus n.º 85692; RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/04/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2626. DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 18/04/2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Embargos infringentes na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1289. DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 03/04/2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 328812. AM. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 10/12/2002. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 235794. SC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15/09/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2628. DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 18/04/2002. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 24041, DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 29/09/2001. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravo Regimental no agravo de instrumento n.º 302521.PR. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 17/04/2001. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 288868. SP. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 20/03/2001. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Recurso Extraordinário n.º 206781. MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 06/02/2001. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 235891.DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 08/08/2000. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2047. DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 03/11/1999. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2010. DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 30/09/1999. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Recurso Extraordinário n.º 205532. PR. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 28/04/1998. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Segunda Turma. Recurso Extraordinário n.º 197999. SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16/12/1997. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravo Regimental no agravo de instrumento n.º 200733. RS. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 30/09/1997. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Recurso Extraordinário. n.º 158941. PE. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 27/06/1997. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n.º 203859. SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 11/12/1996. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 dez. 2006.

_____. Órgão Julgador: Primeira Turma. Recurso Extraordinário n.º 161751. SP. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 06/02/1996. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 dez. 2006.